

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

RAFAEL CAIADO AMARAL

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

Coordenação

Lilian Rose Lemos Rocha
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
Rafael Caiado Amaral
Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília
2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : estado, sociedade e direito /
coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília:
UniCEUB : ICPD, 2019.

64 p.

ISBN 978-85-7267-007-4

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

APRESENTAÇÃO

Na disciplina Estado, Direito e Sociedade do tronco comum dos cursos de Pós Graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB –, ministrada no primeiro semestre de 2018, optou-se por uma metodologia que envolvia debates sobre questões difíceis e complexas entre os alunos (aborto, morte digna, transexualismo, globalização, ações afirmativas e abuso de direito), lembrando o moot court norte americano, às quais ninguém é indiferente, e que foram temperados por explicações teóricas e relevantes reflexões.

A proposta pedagógica desenvolvida compreendia o diálogo entre os diversos campos do conhecimento com o objetivo ampliar o horizonte dos alunos e permitir que eles pudessem transitar nas diversas variáveis e técnicas de formação do Direito, o qual não é um dado, mas um construído a partir da interpretação e concretização das disposições (dos textos) em normas jurídicas segundo a lição de Vezio Crisafulli.

Buscou-se enfatizar a necessidade de se compreender o Direito como um fenômeno cultural, situado no tempo e no espaço, cuja obrigação de seu operador e de toda a sociedade, porque vivem e contribuem na construção de seu sentido na lição de Peter Häberle, é garantir sua atualidade e sua eficácia social, por meio do debate ético e responsável sobre as questões que afetam as comunidades nacionais, regionais e supranacionais.

Nesse diapasão, chamou-se a atenção para a lição de Norberto Bobbio de que os direitos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas, de modo que a evolução cultural da sociedade impõe a criação de novos textos, de novas interpretações, ou mesmo a releitura das disposições que já existem, de forma a sempre ajustar o Direito à realidade social no qual ele está inserido, respeitando-se os direitos fundamentais.

Para tanto foi apresentada a teoria dos níveis textuais de Peter Häberle, a qual permite que a cada momento histórico seja feita uma releitura dos textos vigentes, ampliando-se ou modificando-se a norma jurídica daí decorrente após o processo de interpretação.

Esse proceder, do qual todos deveriam participar, desenvolve-se dentro a própria sociedade, assim como no âmbito das jurisdições, mormente a jurisdição constitucional, a qual tem a função de precípua de ser um legislador negativo e não alternativo na salvaguarda dos direitos fundamentais e da unidade da Constituição.

Foi com esse propósito que os alunos discutiram, construíram e desconstruíram suas pré-compreensões sobre os temas difíceis propostos, dentro do conceito de círculo hermenêutico proposto por Hans-Georg Gadamer, e verificaram, na prática, o quão é complexo e difícil se edificar um ordenamento jurídico, o que só será possível por meio de comportamentos responsáveis, éticos, tolerantes e pluralistas de todos que compõem o corpo e social e participam dessa obra que está em permanente construção e reconstrução.

Além dos debates, os alunos foram convidados a elaborar um artigo que tivesse relação com algum dos temas propostos nessa disciplina, dentre os quais foram selecionados três trabalhos que retratam muito bem a proposta do curso, que são os seguintes: **“Ações afirmativas como alternativas para mitigação do preconceito e da discriminação no Brasil”**, de Mariana Mello Lombardi; **“Controvérsias do Decreto nº 9.246/2017 e de sua judicialização”**, de Thiago Rodrigues Martins; e **“Le Troisième Sexe: a invisibilidade dos intersexuais perante a lei brasileira”**, de Isabella de Souza, cuja leitura se recomenda.

Prof. Rafael Caiado Amaral

LE TROISIÈME SEXE: A INVISIBILIDADE DOS INTERSEXUAIS
PERANTE A LEI BRASILEIRA 05
ISABELLA PEREIRA DE SOUZA

AÇÕES AFIRMATIVAS COMO ALTERNATIVAS PARA MITIGAÇÃO DO
PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL 20
MARIANA MELLO LOMBARDI

CONTROVÉRSIAS DO DECRETO Nº 9.246/2017 E DE SUA
JUDICIALIZAÇÃO 41
THIAGO RODRIGUES MARTINS

LE TROISIÈME SEXE: A INVISIBILIDADE DOS INTERSEXUAIS PERANTE A LEI BRASILEIRA

LE TROISIÈME SEXE: THE INVISIBILITY OF INTERSEXUAL IN BRAZILIAN LAW

Isabella Pereira de Souza¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é o estudo da intersexualidade – variação de caracteres sexuais, que ocasiona a exclusão de algumas pessoas do binarismo de gênero. Foi feita uma análise da legislação brasileira e estuda-se relevantes decisões de Cortes – europeias e brasileira – abordando a discussão da criação de um sexo neutro ou terceiro sexo, também de normas regulamentadoras da situação de crianças cujo sexo é indeterminado. Ainda, a discussão sobre a quem pertenceria a titularidade da decisão da identificação de gênero nesses casos.

Palavras-chave: Intersexuais; Omissão Legislativa; Identidade de gênero;

ABSTRACT

The aim of this article is the study of the intersexuality – variation of sexual characters, which causes the exclusion of some people apart from the binary gender. An analysis was made of the Brazilian legislation and relevant European decisions, approaching the discussion of the creation of a neutral sex or third gender, also of regulatory norms of the situation of children whose sex is undetermined. In addition, the discussion about to whom would belong the ownership of the decision of the gender identification in these cases.

Keywords: Intersexual. Legislative Omission. Gender Identity.

¹ Advogada, aluna do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/IPCD. adv.isabella@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

Le troisième sexe – fazendo menção ao livro de Simone de Beauvoir² - é uma obra destinada à comunidade acadêmica, mas não somente, pois possui grande interdisciplinaridade, além disso, tem como objetivo a demonstração e a projeção dos intersexuais, não só na sociedade quando como comparados aos homens e mulheres perante as principais fontes normativas existentes no Brasil.

Ainda, conceitua-se intersexualidade, abordando os intersexuais como também “pessoas”, diferentemente do modo como são enxergados pela Constituição Federal de 1988 – a qual cita a palavra pessoa cerca de 90 vezes (iniciando seu texto pela afirmação da dignidade da pessoa humana) e a palavra intersexual, 0 vezes.

Relevando o fato de que não existem apenas dois sexos biológicos, surge a questão da invisibilidade dos intersexuais – invisibilidade perante a sociedade e perante a legislação, que omitindo cria lacunas e acaba por forçar todas as pessoas a se identificarem, ou melhor “escolherem” um sexo biológico, o que muitas das vezes não seria possível, considerando que podem haver pessoas nascidas com diferenças biológicas.

Nessa obra, é desconstruída (ao menos é o que se tenta fazer) a questão do binarismo de gênero, enfatizando a possibilidade da construção de um terceiro sexo, contestando a legitimidade para escolher o sexo de quem não nasceu classificado como masculino ou feminino. Interessa a citação de obras e casos reais que podem influenciar desmistificando ultrapassados dogmas e estigmas – como por exemplo a ideia de que a identificação de gênero seria consequência de certa construção social.

Citações jurisprudenciais e “leading cases” de outros países também demonstrariam como poderiam ser preenchidas lacunas legislativas.

2 NEM FEMININO, NEM MASCULINO: O QUE SERIA A INTERSECÇÃO?

Na presente discussão sobre direitos concernentes às pessoas intersexuais, inicialmente se questiona o que seriam gêneros sexuais: O que é ser mulher? O que é

² BEAUVOIR, Simone de. **Le deuxième sexe**. Paris: Gallimard, 1949.

ser homem? A partir daí trataremos do que é estar nessa intersecção: o que é ser intersexual.

Respondendo – ao menos redirecionando a pergunta feita sobre o que é ser mulher – Simone de Beauvoir, em sua obra: *O segundo sexo*³, afirma que não se nasce mulher, torna-se mulher – negando destinos biológicos, psíquicos e econômicos, contudo, atribuindo a definição de mulher à forma assumida pela fêmea na sociedade.

Segundo a antropologista e socióloga brasileira Mariza Corrêa, sobre as experiências do psicólogo John Money⁴ escreve o artigo: “Não se nasce homem”⁵ – utilizando-se dessa expressão – genialmente – para explicar a inversão do sinal sexual usado por Simone e à atribuição de cientificidade a sua obra, utilizando-a para legitimação da “estampa” no corpo de meninos à ideia de não se nascer homem ou mulher, mas se nasce neutro.

O caso de David Reimer – ou caso John/Joan como é conhecido na área médica – vem sendo utilizado como questão probatória e denegatória de teorias ligadas à neutralidade de gênero, também é ligado aos casos de intersexualidade, apesar de não se tratar exatamente de um intersexual, considerando que David nasceu com o sexo biológico masculino – como a maioria das crianças vistas socialmente como meninos.

Relatando brevemente – o cruel – caso do menino que foi criado como menina⁶: título do livro de John Colapinto, se trata de meninos gêmeos nascidos em uma família canadense, os dois nascidos com o sexo biológico masculino: cromossomos e órgãos genitais, porém, em um procedimento – tradicional para aquela família – de circuncisão, o primeiro menino submetido ao procedimento – David – teve seu órgão sexual danificado. Os pais preocupados com a vida que a criança levaria, recorreram à experiência do doutor Money, o qual seria adepto da

³ BEAUVOIR, Simone de. **Le deuxième sexe**. Paris: Gallimard, 1949.

⁴ John Money, neozelandês, nascido em 1921 – professor emérito de pediatria e psicologia na Johns Hopkins University.

⁵ CORRÊA, Mariza; DAVID REIMER, [I M, **Não se nasce homem**, [s.l.: s.n., s.d.].

⁶ MANSFIELD, M Joan *et al*, As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised as a Girl, **J. Biol. Chem.**, 1930.

filosofia do: it's easier to poke a hole than to build a pole⁷ - transformando o que restaria de um pênis em uma vagina e “trazendo vida” à criança que seria chamada de Brenda. O que enterra qualquer verdade conferida à experiência foi o fato de o menino não se reconhecer como menina, tendo tido diversos problemas ao decorrer da vida até enfim voltar a ser – socialmente, já que nunca teria deixado de ser – um menino. Reafirma-se o pensamento de que a identidade sexual não tem ligação com o órgão sexual e não é fruto de aprendizagem sexual, considerando David possuir órgão sexual feminino e sempre ter sido visto e tratado por todos como do gênero feminino.

Desse modo, sabemos que ser homem, diferentemente do que poderia ser imaginado por muitos, não é possuir genitais masculinas, tampouco é ser tratado como tal – ser homem é se identificar como desse gênero, apesar de que a identificação como de um gênero ou de outro não deveria ser essencial, considerando casos de pessoas que jamais se identificaram como de qualquer gênero e daquelas que se identificam com os dois gêneros, como poderia ser o caso das travestis.⁸

Além disso, é recorrente se deparar com as siglas: LGBT+ ou LGBTI, para elucidar o que seria esse I: a letra I na sigla se relaciona com os intersexuais, entretanto, nota-se que a conexão dessas pessoas com a comunidade LGBT é demasiadamente complexa, já que a intersexualidade, em muitos casos, não se relaciona com a atração pelo sexo oposto.

Emi Koyama descreve que a inclusão dos intersexuais em LGBTI pode ser falha em questões dos direitos humanos específicos dos intersexuais, incluindo a criação de falsas impressões “que os direitos das pessoas intersexuais são protegidos” por leis que protegem as pessoas LGBT e não reconhecendo que muitas pessoas intersexuais não são LGBT.”^{9 10}

⁷ Tradução livre: é mais fácil fazer um buraco do que construir um poste – referente aos órgãos sexuais do sexo feminino e masculino. Buraco seria referente à genitália feminina e poste à masculina.

⁸ Travesti é um termo que causa divergência. É utilizado nos países da América Latina, também na Espanha e em Portugal – é uma identidade de gênero feminina, mas, diferentemente das mulheres transexuais, a travesti não sentiria desconforto em manter a genitália masculina.

⁹ KOYAMA, Emi, “Adding the ‘I’: Does Intersex Belong in the LGBT Movement?”, p. 1, .

¹⁰ LGBT. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=LGBT&oldid=53128355>>. Acesso em: 14 set. 2018.

Caberia ainda mencionar que apesar de quaisquer divergências terminológicas, a comunidade LGBTI tem se esforçado na defesa de direitos das pessoas cujo gênero não é binário – ou seja, defendendo o I.

Intersexual – adjetivo masculino e feminino. Definição: Que ocorre entre os sexos. Definição da biologia: Que apresenta características sexuais intermediárias entre o macho e a fêmea; intersexual.¹¹

O fato é que – dessemelhante à discussão sobre o que seria homem ou mulher – o termo “intersexualidade” incumbiria a possibilidade de diversas conceituações, desde que enxergado de díspares âmbitos. A questão aqui despertada diz respeito ao fato de não haver qualquer conceituação no âmbito jurídico e legislativo, inexistem perante a legislação brasileira quaisquer menções ao termo “intersexualidade”, excluindo muitas pessoas da esfera judicial e até política.

Assim, parece pacífico mencionar que o texto constitucional foi escrito por pessoas cis-gênero, porquanto é cissexista, limitando grande parte dos direitos a pessoas cujo sexo biológico é macho ou fêmea e cuja identidade de gênero é de homem ou mulher – excluindo as demais hipóteses, entre elas, a hipótese dos intersexuais.

3 DESCONSTRUÇÃO DO BINARISMO DE GÊNERO

John Gray disse: Homens são de marte mulheres são de vênus¹². O questionamento é: de qual planeta seriam os intersexuais? A invisibilidade dos intersexuais nos leva a proposta de uma desconstrução – ou quem sabe construção – pois se faz necessário desconstruir paradigmas e a ideia do binarismo. Ademais, examina-se a possibilidade da construção de um terceiro gênero e quais consequências poderia ocasionar.

Então é interessante percebermos que o conceito de sexo nada mais é do que o conceito de gênero, mas mantido por um discurso biológico, empírico, médico, contestado em outro momento, por outro campo de estudo. Ele nada mais é do que a sobra, nos formulários e nas faculdades, sobre o

¹¹ COMPETÊNCIA, *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, Editora Melhoramentos.

¹² GRAY, John, Men are from Mars, Women are from Venus, *in: Men are from Mars, Women are from Venus*, [s.l.: s.n.], 1992.

determinismo biológico acerca dos nossos corpos e suas falsas dualidades. Esse modelo essencialista é intersexista, cissexista e machista, e presume que existe algo de inerente em nossas anatomias que nos coloca como machos ou fêmeas, homens ou mulheres. Esse discurso essencialista rouba principalmente a identidade de pessoas trans porque diz que seus corpos são masculinos ou femininos, machos ou fêmeas, biológicos ou não, naturais ou não. É importante perceber que não existe essa necessidade e que mais útil seria desconstruir e desautorizar estes discursos sobre nossos corpos.¹³

Como forma de justificar a desconstrução proposta, cabe uma breve análise da Constituição Federal e dos direitos ali dispostos.

A Constituição Federal de 1988¹⁴ – apresentada como humanista e democrática – já em seu preâmbulo cita a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar direitos sociais e individuais, também cita: a liberdade, a igualdade e a justiça, entre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Entre os objetivos fundamentais da república encontra-se a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e, quanto aos direitos e garantias fundamentais, no notório artigo 5º, o legislador inicia com a citação de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Ademais, esse mesmo documento destina uma seção – em se tratando de seguridade social – para enfatizar seu compromisso com a saúde.

O que se pretende elencando e analisando esse direitos é vislumbrar que o mesmo documento responsável pela unidade do povo, justiça e igualdade, e cujas declarações incluem a proteção à saúde, ainda, o documento que prevê ao Sistema Único de Saúde – como atribuição – “incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”¹⁵ fecha os olhos para a temática intersexual, sempre separando os direitos entre dois: direito dos homens e das mulheres. Ignorando o fato de que não existem apenas dois gêneros e então erradicando – para alguns – o que antes declarava sobre a igualdade.

¹³ ROXIE, Marilyn; CREMONI, Juno (Tradução), **O que é Gênero Queer?**, [s.l.: s.n.], 2003.

¹⁴ BRASIL, **Constituição Federal de 1988**, D.O.U. 191-A DE 05/10/1988, P.1.

¹⁵ Constituição Federal: art. 200, inciso V

A relação dessa análise com a questão dos direitos humanos e da falta de regulamentação legislativa é o fato de a intersexualidade ser não apenas um tabu, como também ser invisível na sociedade e na legislação. Como não há menção da existência da intersexualidade na Constituição Federal, Código Penal ou Código Civil, por exemplo – demonstra uma omissão – aparentemente – deliberada do legislador quanto a uma realidade, um fato social e biológico; e considerando a estimativa da ONU de que 1 em cada 58 pessoas nasce intersexual, essa elipse legislativa se apresenta como ainda mais assustadora.

Nessa mesma busca, porém, encontra-se tentativas de abarcar os direitos dessas pessoas, exemplificando: um projeto de lei de 2016¹⁶, cuja pretensão é dispor sobre registros públicos da pessoa intersexual – louvável iniciativa, considerando que o direito à identidade muitas vezes não é exercido por quem de fato possui essa titularidade. Ademais, entre projetos de lei e outras proposições, há requerimento de audiência pública para a discussão do Relatório Mundial de Direitos Humanos¹⁷, com a justificativa de discussão de direitos, entre eles o direito das pessoas transexuais e intersexuais. Esses tentames são válidos e poderiam auxiliar no preenchimento de lacunas, conferindo visibilidade a gêneros não-binários.

Adiante questiona-se a possibilidade da criação de um terceiro sexo (ou sexo neutro). A principal finalidade dessa invenção seria proteger a identidade de crianças intersexuais – para que posteriormente não houvesse conflito entre a identidade de gênero e o sexo biológico, escolhido pelos pais. Em se tratando de direito comparado – cita-se argumentos e decisões demonstradas no artigo de Elena Lauroba.

No final do século XIX, Lacassagne – um dos fundadores da medicina legal – propunha a imposição de exame médico na puberdade, o qual poderia decidir o sexo e registro de estado civil como homem, mulher ou neutro. A França, porém, apostaria pela divisão binária.¹⁸

¹⁶ Projeto da Deputada Federal Laura Carneiro

¹⁷ Requerimento de audiência pública da autoria de Erika Kokay

¹⁸ LAUROBA LACASA, Elena, Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible, **Derecho Privado y Constitución**, n. 32, p. 11–54, 2018.

Sobre as decisões francesas, pode-se notar que o país estabeleceu, em 2011, uma circular¹⁹ – sobre o registro civil quanto ao nascimento e à filiação – dispondo que ao tomarem conhecimento da incerteza quanto ao sexo da criança, os pais deveriam ir aos médicos e questionar qual o sexo mais provável, na hipótese de haver erro, seria permitido a retificação. Ainda, consideram a omissão do sexo da criança no registro – caso de não poder ser determinado imediatamente – porém, se como resultado de um tratamento, pudesse, em alguns anos ser definitivamente determinado, nessa situação a certidão de nascimento poderia ser preenchida por ordem judicial.²⁰

Alguns anos após, em 2015, houve uma intensa discussão, já que o país teria, em um julgamento, admitido o registro de sexo como neutro – trata-se do caso de Jean-Pierre, considerado homem ao nascer, que porém aos sessenta anos dizia não ser capaz de definir-se sexualmente, Jean desejava ter em seu registro que seu sexo era neutro. Ainda, apesar da argumentação do Tribunal de que o sexo designado a ele seria uma ficção imposta durante toda a sua existência e não importaria no reconhecimento de um terceiro sexo, mas na impossibilidade de se poder vincular uma pessoa a um ou outro sexo, em 2016, o Tribunal de apelação de Orleans teria contestado, dizendo que admitir tal pedido seria admitir a existência de outra categoria sexual e que a lei francesa não poderia permitir a inclusão de terceiro sexo, já que teria enormes repercussões e implicaria inúmeras alterações na lei.²¹

Sobre a Alemanha – o país teria permitido em 2013 que no registro não houvesse o preenchimento da informação: homem ou mulher; Apesar de alguns acharem que a decisão não é o suficiente para suprir a falta do termo intersexual. O que se espera, a partir daí, são mais alterações legislativas, já que poderia ser entendida a falta de um terceiro sexo como impedimento ao desenvolvimento da personalidade.²²

¹⁹ Circular de 28 de Outubro de 2011, art. 55.

²⁰ LAUROBA LACASA, Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible.

²¹ LAUROBA LACASA, Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible.

²² LAUROBA LACASA, Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible.

“We don’t even have pronouns for this”²³ foi como Leonard Pitts Jr. – jornalista americano responsável pelo artigo ao Miami Herald – inicia relatando o uso da “clumsy grammar”²⁴ utilizada pelo pai sobre o bebê que acabara de nascer. Esse caso recente, de 2017, se trata do bebe Searyl Atli Doty – criança nascida no Canadá, cujo cartão de saúde preservou o gênero como indeterminado, simbolizado com a letra U. A mãe tentava à época, omitir o sexo também dos registros de nascimento da criança, deixando com que ela/ele pudesse, mais tarde descobrir seu próprio gênero.

Ainda, os pais alegam que requerer um marcador de gênero viola os direitos do bebê – como cidadão canadense – à vida, liberdade e segurança. De acordo com o jornal BBC²⁵ acreditam que somente a inspeção visual no nascimento não é capaz de determinar qual o gênero que a pessoa vai se identificar posteriormente.

4 LEGITIMIDADE PARA DECIDIR

Como os casos já mencionados, muitas crianças nascem com sexos biológicos indeterminados e a identificação entre gêneros binários, pelos médicos e pais, passa a se tornar uma espécie de “roleta-russa”, pelo risco que carrega tal decisão, a qual pode discordar com a identificação de gênero que a pessoa terá de si, causando aí o que poderia ser chamado de disforia de gênero.

Disforia Sexual, Disforia de Gênero ou Gender Dysphoria, do âmbito médico, é a caracterização de um transtorno sexual. Nessa obra faz-se uso do DSM-5²⁶ – manual que divide e especifica transtornos mentais e é utilizado por médicos para auxiliar em diagnósticos e tratamentos. O DSM-5 trouxe três novos capítulos: disfunções sexuais, disforia de gênero e transtornos mentais.

De acordo com o manual, a disforia de gênero seria um diagnóstico que descreveria indivíduos que apresentam diferença entre o gênero expresso e o gênero

²³ Parent says baby Searyl Atli Doty is genderless | Miami Herald, disponível em: <<https://www.miamiherald.com/opinion/opn-columns-blogs/leonard-pitts-jr/article160209434.html>>, acesso em: 19 nov. 2018.

²⁴ Tradução livre: desajeitada gramática

²⁵ Canadian baby “first without gender designation” on health card - BBC News, disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-40480386>>, acesso em: 19 nov. 2018.

²⁶ O DSM-5, oficialmente publicado em 18 de maio de 2013, é a mais nova edição do Manual Diagnóstico Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Psiquiátrica Americana.

atribuído. Afirma-se ainda que foram introduzidos novos especificadores ao diagnóstico, os quais demonstram a presença de condições médicas que interferem no desenvolvimento de caracteres sexuais – tais como: hiperplasia adrenal e síndrome de insensibilidade a andrógenos – e devem ser descritas como “Transtorno de Desenvolvimento sexual”. Outra alteração foi a de que a transição para o gênero desejado passou a ser listada como “Pós-Transição”.²⁷

Além disso, disforia sexual é o termo utilizado para caracterizar a “aflição que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero atribuído”²⁸. Ainda, estudos comprovam que tal sofrimento (ou transtorno) não advém apenas pela questão psicológica de quem enfrenta tal situação, como também, pode ocorrer devido à questão biológica, relacionada com a genética e até devido à exposição a hormônios antes do nascimento.^{29 30}

Nesse caso em que o sexo atribuído se difere da identidade estamos diante também da transexualidade. Transexualidade: adjetivo masculino e feminino. Substantivo masculino e feminino. Definição 1: Que ou aquele que revela o transexualismo. Definição 2: Que ou aquele que se submeteu a tratamento com hormônios (estrogênio ou testosterona) e procedimento cirúrgico, a fim de adquirir características do sexo oposto.³¹

Sem se ater à questão dos transexuais e do termo utilizado para caracterizá-los, mas pode haver certo engano na classificação atribuída pelo dicionário acima mencionado, já que não é pacífico o entendimento de que a pessoa deve – necessariamente – passar por algum procedimento cirúrgico para ser considerada transexual, já que poderia ser considerada apenas através da autoafirmação.

²⁷ ARAÚJO, Álvaro Cabral; NETO, Francisco Lotufo, A Nova Classificação Americana Para os Transtornos Mentais - o DSM-5, **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, 2014.

²⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, **DSM 5**, [s.l.: s.n.], 2013.

²⁹ HEYLENS, Gunter *et al*, Gender identity disorder in twins: A review of the case report literature, **Journal of Sexual Medicine**, 2012.

³⁰ Contribuidores da Wikipedia. (2018, 6 de novembro). Disforia de gênero. Na *Wikipedia, a enciclopédia livre*. Retirado 22:36, 19 de novembro de 2018, de https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Gender_dysphoria&oldid=867569966

³¹ COMPETÊNCIA, **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**.

O Supremo Tribunal Federal decidiu – por unanimidade – o reconhecimento ao direito de transexuais à mudança do nome, sexo e do registro civil, sem a submissão à cirurgia.³²

No julgamento do Recurso Extraordinário 845.779, sobre o tratamento social a ser dispensado a transexuais, o relator do processo –Ministro Luís Roberto Barroso – afirma, logo no início de suas considerações, que a igualdade se expressa em três dimensões: igualdade material, igualdade formal e igualdade como reconhecimento, sendo essa última, forma de expressão do respeito às minoria e as diferenças.³³

Entre os argumentos utilizados pelo relator, destaca-se: serem os transexuais uma das minorias mais estigmatizadas na sociedade, já que é considerada como patologia. Além disso, cita-se Kant e o categórico imperativo da razão, direito à igualdade e demais direitos fundamentais – quanto ao plano jurídico.

Ademais, cabe destacar a argumentação da dignidade como autonomia: o direito de ser quem se é, assim declara Barroso:

A dignidade como autonomia, no plano filosófico, assegura o livre-arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem as suas escolhas existenciais e desenvolverem a sua personalidade. Cada indivíduo tem o direito de buscar, à sua maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Viver segundo seus próprios valores, interesses e desejos.

Analisando o que foi citado: se a Suprema Corte brasileira concorda na existência de direitos fundamentais a questões ligadas ao nome e autoafirmação da pessoa transexual, ainda citando a dignidade como autonomia e o “direito de ser quem se é”, relacionando-o ao livre arbítrio e a possibilidade do direito ao desenvolvimento da própria personalidade; destaco: direito de “viver segundo SEUS próprios valores, interesses e desejos” pode-se mencionar que claramente o STF reconhece a pessoa transexual como a titular do direito à personalidade, tanto como ao nome e ao sexo.

³² Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 845779/SC. Relator: Luís Roberto Barroso. Acórdão, 13 set 2014. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628889/repercussao-geral-no-recursoextraordinario-rg-re-845779-sc-santa-catarina-0057248-2720138240000/inteiro-teor311628897?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 novembro 2018.

³³ _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779/SC. Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Anotações, 19 nov 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/transexuais-re-845779-voto-barroso.pdf>>. Acesso em: 19 novembro 2018.

Desse modo, parece ainda mais claro a resposta ao caso dos intersexuais, os quais, aplicando-se o que foi dito pelo STF, deviam também viver conforme seus próprios desejos e valores – considerando que desejos devem ser manifestados, não há que se falar na tutela dos pais e responsáveis escolhendo pelos filhos e não lhes deixando manifestar sua vontade, no momento oportuno.

Cita-se outra parte do voto oral conferido pelo ministro Luís Roberto Barroso:

É bem de ver que, nas situações envolvendo sexualidade, gênero e orientação sexual, no geral não se trata sequer de escolhas. São desígnios da vida. Ninguém escolhe ser heterossexual, homossexual ou transgênero. É um destino, um fato da natureza. Não respeitar essas pessoas é não respeitar a natureza ou, para os que creem, é não respeitar a criação divina. Pois bem: deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.

Em uma interpretação através da analogia, se verifica: a pessoa é titular do nome, pode alterar o nome dado pelos pais; é titular do corpo, podendo em alguns casos dispor de seu corpo, além de poder ter seus próprios consentimentos; a identidade pertence à pessoa, havendo a possibilidade de se auto declarar como de outro gênero, também pode se auto declarar como pertencente a uma raça específica. Por que o bebê não poderia ser titular de seu próprio sexo biológico?

Não haveria razão para ainda se questionar tal titularidade, já que outras interrogações ainda “misteriosas” para a ciência, como a possibilidade da distinção – cabeça vs. sexo biológico – de uma pessoa transexual, nascida com o sexo 100% adequado a um gênero binário já possuem maior segurança perante o judiciário e a sociedade.

Propõe-se que os pais não alterem ou retirem a voz da criança, antes mesmo que ela possa falar. Pessoas nascidas e já inclusas em uma “brecha da ciência”, não deveriam estar também inclusas na “brecha do judiciário” e do legislativo – antes, deveriam ser tratadas como minoria e ter seus direitos manifestos. É provado haver

muitas hipóteses de sexo entre a dicotomia macho e fêmea – deve ser realizada a regularização desses casos.

Em se falando de voz, o professor Nick Couldry³⁴, que a divide em voz como processo e voz como valor, escreve:

Treating people as if they lack that capacity is to treat them as if they were not humans; the past century provides many shameful examples of just this. Voice is one word for that capacity, but having a voice is never enough. I need to know that my voice matters; indeed, the offer of effective voice is crucial to the legitimacy of modern democracies, while across economic and cultural life voice is offered in various ways.

No artigo de Jorge Leite Júnior³⁵, o autor – discorrendo sobre as diferenças – menciona os termos: monstrosidade, despatologização, insegurança social e identidades transgêneras; abrange a imagem dos transexuais – utiliza-se aqui a ideia para se levar ao pensamento acerca dos intersexuais – mencionando o monstro como aquele capaz de mostrar a revelação divina, a ira de Deus, se referindo às bordas entre o humano e o inumano.

Além disso, faz certa reflexão expondo que: se o que estrutura a compreensão sobre os desviantes na ciência sexual é operar com binômio doença/crime, se desvincilhassem-os da associação com a doença, não sendo identidades transgêneras quaisquer espécies de transtornos, parafilias ou anomalias, logo, voltariam a ser crime? Dessa forma, faz certa menção ao estigma social existente – já apontada pelo ministro Barroso, quando esse propõe “a difference friendly world”, citando Nancy Fraser³⁶.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se portanto que cabe à sociedade o feito de argumentar, porém, é necessário que além de opiniões hajam ações, principalmente por parte do poder legislativo e do poder judiciário, ensejando na regulamentação normativa e em maior

³⁴ COULDRY, Nick., **Why voice matters : culture and politics after neoliberalism**, [s.l.]: SAGE, 2010.

³⁵ LEITE JUNIOR, Jorge, Transitar para onde?: monstrosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras, **Revista Estudos Feministas**, 2012.

³⁶ FRASER, Nancy, Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation, in: **Recognition or Redistribution? A Political-Philosophical Exchange**, [s.l.: s.n.], 2003.

segurança jurídica e visibilidade às pessoas aparentemente excluídas – por todas as possíveis esferas.

Desse modo, verificando as decisões judiciais e os entendimentos recentes da Suprema Corte, cumpre-se provar que a pessoa intersexual deve – ela mesma escolher seu sexo, ou seja, não cabe aos pais ou a médicos a árdua tarefa da identificação de gênero, papel só atribuído ao “proprietário” do gênero.

Muito é dito no que diz respeito à problemática de a criança ter de enfrentar alguns – poucos – mas incômodos anos de sua vida carregando dois sexos biológicos (sexo indefinido) ou talvez um terceiro gênero; porém, esses poucos anos – nos quais, talvez os pais sofram não identificando a criança com um brinco nas orelhas ou tons de azul – são ínfimos perante a uma vida carregando o peso de uma escolha errada ou a descoberta, anos mais tarde de que diante do espelho não se vê o que verdadeiramente se é.

Diante disso, propõe-se também, com esse trabalho, o impedimento que já vem acontecendo em alguns locais da realização da cirurgia antes da puberdade e antes do descobrimento – algumas vezes até anterior à puberdade – pela própria pessoa sobre o sexo que só a ela pertence.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **DSM 5**. [s.l.: s.n.], 2013.

ARAÚJO, Álvaro Cabral; NETO, Francisco Lotufo. A Nova Classificação Americana Para os Transtornos Mentais - o DSM-5. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, 2014.

BEAUVOIR, Simone de. *Le deuxième sexe*, 2 vols. **Paris: Gallimard**, 1949.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. D.O.U. 191-A DE 05/10/1988, P.1.

COMPETÊNCIA. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Editora Melhoramentos.

CORRÊA, Mariza; DAVID REIMER, [I M. **Não se nasce homem**. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <www.norm.org>. Acesso em: 15 nov. 2018.

COULDRY, Nick. **Why voice matters : culture and politics after neoliberalism**. [s.l.]: SAGE, 2010. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=NUdlWiL7iCgC&pg=PA91&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 nov. 2018.

FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. *In: Recognition or Redistribution? A Political-Philosophical Exchange*. [s.l.: s.n.], 2003.

GRAY, John. Men are from Mars, Women are from Venus. *In: Men are from Mars, Women are from Venus*. [s.l.: s.n.], 1992.

HEYLENS, Gunter; DE CUYPERE, Griet; ZUCKER, Kenneth J.; *et al.* Gender identity disorder in twins: A review of the case report literature. **Journal of Sexual Medicine**, 2012.

KOYAMA, Emi. “Adding the ‘I’: Does Intersex Belong in the LGBT Movement?” p. 1, . Disponível em: <<http://www.intersexinitiative.org/articles/lgbti.html>>.

LAUROBA LACASA, Elena. Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible. **Derecho Privado y Constitución**, n. 32, p. 11–54, 2018. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1395&IDA=38398>>.

LEITE JUNIOR, Jorge. Transitar para onde?: monstrosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras. **Revista Estudos Feministas**, 2012.

MANSFIELD, M Joan; BEARDSWORTH, Donna E; LOUGHLIN, Jacquelyn S; *et al.* As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised as a Girl. **J. Biol. Chem.**, 1930.

ROXIE, Marilyn; CREMONI, Juno (Tradução). **O que é Gênero Queer?** [s.l.: s.n.], 2003. Disponível em: <[https://we.riseup.net/assets/138108/O que é gênero queer.pdf](https://we.riseup.net/assets/138108/O%20que%20%C3%A9%20g%C3%A9nero%20queer.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2018.

Canadian baby “first without gender designation” on health card - BBC News. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-40480386>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

Parent says baby Searyl Atli Doty is genderless | Miami Herald. Disponível em: <<https://www.miamiherald.com/opinion/opn-columns-blogs/leonard-pitts-jr/article160209434.html>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

AÇÕES AFIRMATIVAS COMO ALTERNATIVAS PARA MITIGAÇÃO DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL

AFFIRMATIVE ACTIONS AS ALTERNATIVES FOR MITIGATION OF DISCRIMINATION IN BRAZIL

Mariana Mello Lombardi¹

RESUMO

Artigo realizado a partir do método de revisão bibliográfica, visando a compreensão das ações afirmativas no Brasil sob a ótica do princípio da igualdade. Objetiva-se entender a diferenciação entre os conceitos de igualdade formal e material desde a sua original inserção nas constituições liberais. Também se estabeleceu a meta de compreender, através de dados obtidos em pesquisas, a realidade brasileira no que diz respeito às múltiplas populações que vivem no país. Observa-se a dificuldade de inserção no mercado de trabalho das populações negra, feminina, indígena, pobre, LGBTQ+. A partir da observação dos dados, parte-se para o estudo do conceito das ações afirmativas, seus objetivos e resultados no país. Ao final, compreende-se que as ações afirmativas são necessárias como forma de garantir a igualdade material na sociedade brasileira, que é múltipla e desigual e não se alterará sem a ação positiva e constante do Poder Público.

Palavras-chave: Igualdade; Ações afirmativas

ABSTRACT

Article made from the method of bibliographical revision, aiming to understand the affirmative actions in Brazil from the point of view of the principle of equality. The objective is to understand the differentiation between the concepts of formal and material equality since its original insertion in the liberal constitutions. It was also established the goal of understanding, through data obtained in research, the Brazilian reality with regard to the multiple populations living in the country. It is observed the difficulty of insertion in the labor market of the black, female, indigenous, poor, LGBTQ + populations. From the observation of the data, one starts to study the concept of affirmative actions, their objectives and results in the country. In the end, it is understood that affirmative action is necessary as a way of

¹ Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), e pós-graduanda em Prática Processual nos Tribunais pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). E-mail: mlombardi.mariana@gmail.com

guaranteeing material equality in Brazilian society, which is multiple and unequal and will not change without the positive and constant action of the Public Power.

Keywords: Equality; Affirmative Actions

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca estudar, de forma não exaustiva, o instituto das ações afirmativas. Primeiramente, se proporá uma visão crítica acerca da existência, na constituição brasileira, da necessidade de se garantir a igualdade de todas as pessoas.

A partir desse ponto, será necessário fazer uma diferenciação entre o que se denomina igualdade formal e aquilo que se chama igualdade material. A distinção entre esses conceitos será essencial para que se compreenda a função da política de ações afirmativas como forma de o Poder Público atuar de forma positiva para assegurar que a igualdade prevista na Magna Carta seja garantida. ...

Então, passar-se-á a um largo apanhado de dados que demonstrarão as diferentes realidades existentes no Brasil: diferenças advindas de questões raciais, socioeconômicas, de gênero, capacitistas, dentre outras.

Partindo desse ponto, será possível compreender as dificuldades que os diversos tipos de população enfrentam no Brasil, que fazem necessária a existência de ações afirmativas. Posteriormente, se demonstrará o conceito de ação afirmativa e suas funções bem delimitadas, além da desmistificação do conceito de meritocracia.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 3º, III, IV, que são “objetivos **fundamentais** da República Federativa do Brasil”: “III – erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**” e “IV – **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**”.

No capítulo seguinte, que trata dos direitos e garantias fundamentais, ainda dispõe que “**todos são iguais perante a lei**, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à **igualdade** [...]” (art. 5º, caput).

Essas são as normas fundamentais que, em linhas gerais, regem o debate acerca de ações afirmativas no Brasil. O curioso é que são os mesmos princípios invocados tanto por aqueles que defendem a existência das referidas ações quanto por aqueles que as criticam.

Isso decorre, principalmente – como quase todos os temas que cercam os debates jurídicos – das diferentes interpretações que são dadas aos dispositivos e às palavras que eles integram.

Por um lado, se “todos são iguais perante a lei”, não seria inconstitucional a existência de ações que, por exemplo, reservem um percentual de vagas para acesso a serviços públicos a determinado segmento da população? Esse questionamento é válido, evidentemente, mas não chega a atingir a profundidade semântica do uso do termo “igualdade” na norma jurídica.

Também não alcança a complexidade da sociedade brasileira – ou de qualquer uma, já que, por outro lado, como seria possível se falar em igualdade diante do contexto de abissal desigualdade que regem as sociedades complexas?

É que a igualdade a ser garantida pela Lei, também deve ser uma igualdade de condições. Ao se afirmar que se fere a igualdade ao se conferir condições de acesso, por exemplo, ao ensino superior, tem-se uma interpretação estritamente denotativa do termo. É o que se denomina “igualdade formal”.

O surgimento desse conceito de igualdade, assim como a sua inclusão em praticamente todos os ordenamentos jurídicos posteriores à Revolução Francesa, objetiva a mitigação dos privilégios oriundos da estrutura sempre concedidos a certa parcela da população, aquela mais poderosa, fruto da rígida estrutura de classes e linhagens familiares – nada que difira muito daquilo que se vê na prática contemporaneamente².

² BARBOSA, Joaquim. “*O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas*” Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

Seria a ideia de um ordenamento jurídico, geral e abstrato, que se aplicaria a todos indistintamente. A existência desse postulado nas constituições supostamente teria o condão de garantir a efetiva realização da igualdade pretendida.

Ocorre que a mera menção a essa regra nos direitos fundamentais não tem a capacidade de, por si só, garantir e assegurar a igualdade. Trata-se de mera letra fria da Lei, que não se aplicará por si só e que não possui vontade própria ou potencial de alterar a mentalidade de uma população – no que se refere ao preconceito e à discriminação – ou a própria estrutura da sociedade – no que diz respeito a diferenças sociais e econômicas.

É necessário que, para que a ordem da norma se cumpra, o Estado atue de forma positiva com vistas a alcançar o princípio fundamental ora em debate. A partir desse entendimento, é possível diferenciar os conceitos de “igualdade formal” e de “igualdade material”.

O primeiro deles trata da liberdade tal qual descrita acima, fruto da herança da Revolução Francesa e das constituições nascidas no século XIX: a existência formalmente da igualdade dentre os direitos fundamentais. A redação da igualdade dentre os princípios que regem o Estado.

A segunda, por sua vez, possui concepção muito mais profunda. Advém da percepção de que a mera igualdade de oportunidades, se não estiver acompanhada de uma garantia de igualdade de condições, de nada serve. Acaba-se por manter a desigualdade, justificada pela existência de norma que supostamente impediria o Estado de atuar de forma a garantir a igualdade.

É que se o ponto de partida não é o mesmo, de nada adianta os sujeitos “largarem” ao mesmo tempo (numa metáfora que relaciona a vida e os direitos como uma corrida): alguns sempre serão privilegiados. Para a garantia da igualdade material, devem ser levados em consideração aspectos históricos, sociais, regionais, econômicos e, certamente, questões relacionadas à discriminação de qualquer tipo.

A partir da compreensão dessas peculiaridades, devem ser estudadas ações por meio das quais possam-se conferir melhores condições aos sujeitos para que

consigam, em pé de igualdade desfrutar das oportunidades igualmente ofertadas pelo Estado.

As ações afirmativas, portanto, servem como instrumentos para os fins de se garantir a igualdade material entre os indivíduos e não devem ser entendidas como ações eternas, mas provisórias, que, em um longo prazo, podem ter a capacidade de mudar a realidade do país e de acesso aos mais diversos serviços e oportunidades.

3 A REALIDADE NO BRASIL

Para tratar de ações afirmativas, é necessário compreender a realidade da sociedade. Não basta falar em termos abstratos, pensados para a sociedade pensada na teoria, sem as imensas complexidades que permeiam as condições de vida, o contexto histórico, a atenção do Estado e os comportamentos discriminatórios em cada sociedade.

Assim, em seguida se apontarão dados que chamam a atenção para a realidade das distintas populações que formam o país.

O Brasil é um país extremamente desigual. No quesito econômico, a desigualdade é abissal e existe uma elite que corresponde a 10% da população que detém aproximadamente 43,4% de toda a riqueza³. Estão incluídos nesse percentual aqueles que possuem renda mensal superior a R\$ 5.214,00, que corresponde a quase sete vezes o rendimento real de metade da população, de R\$ 754,00 (dados de 2017)⁴.

No que diz respeito às diferenças de gênero, a mesma pesquisa aponta que a média de rendimentos de homens é quase 30% maior que a das mulheres. Enquanto eles possuem rendimento médio de R\$ 2.410,00, o das mulheres é de R\$ 1.868,00.

Quando se trata de cargos de chefia, a situação também não lhes é favorável: observa-se que, no setor privado elas estão apenas em 37% dos cargos e, no setor

³ “No Brasil, 1% mais rico ganha 36 vezes mais do que metade da população” Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/economia/2017/11/29/internas_economia,732710/no-brasil-1-mais-rico-ganha-36-vezes-mais-do-que-metade-da-populacao.shtml

⁴ “Brasileiros com renda acima de R\$ 5.214 estão entre os 10% mais ricos; desigualdade persiste”. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/economia/audio/2018-04/brasileiros-com-renda-acima-de-r-5214-estao-entre-os-10-mais-ricos>

público, apenas em 21,7%⁵. Ainda, aponta-se que o país está na 152ª posição no ranking de representatividade feminina na Câmara dos Deputados (de um total de 192 países)⁶. Aqui, as mulheres representam somente 10,5% do Congresso.

As disparidades entre a população negra e a branca também são alarmantes.

Embora represente cerca de 53,6% da população brasileira, são apenas 17,4% da parcela mais rica do país (dados de 2015)⁷. Dos 10% da população mais pobre do país, 76% eram negros, em dados contidos na mesma reportagem.

Enquanto a população branca tem proventos na média de R\$ 2.814,00, a população negra os tem em percentuais quase 80% menores, segundo dados recentes do IBGE apontados em reportagem da EBC, que também aponta que pessoas que tenham concluído curso superior recebem, em média, três vezes mais do que aqueles que concluíram apenas o ensino médio.

Pesquisa também aponta que, em 2015, 53,2% dos estudantes negros (pretos e pardos) de 18 a 24 anos de idade estavam cursando níveis de ensino médio e fundamental, enquanto entre a população branca o número cai para 29,1% (esse é o número dos estudantes “atrasados”, ou seja, que estão cursando níveis que já deveriam ter cursado de acordo com sua idade). A informalidade também atinge mais fortemente a população negra – 48,3% frente os 34,2% da população branca.

Os dados sobre a população jovem negra são alarmantes: a cada 23 minutos, um jovem negro é assassinado no Brasil. A taxa de homicídios dessa população chega a ser quatro vezes maior que a identificada na população branca. Nos últimos 35 anos, os homicídios cresceram em 592,8%. Muitas vezes, o responsável é o próprio Estado, seja por ação ou por omissão.

⁵ “Mulheres estão em apenas 37% dos cargos de chefia nas empresas” Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/mulheres-estao-em-apenas-37-dos-cargos-de-chefia-nas-empresas-21013908>

⁶ “Brasil tem menos parlamentares mulheres do que 151 países”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-tem-menos-parlamentares-mulheres-do-que-151-paises-22462336>

⁷ “Mesmo com maior participação, negros ainda são 17,4% no grupo dos mais ricos.” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/negros-aumentam-participacao-entre-os-l-mais-ricos-no-brasil>

A omissão quanto ao crescimento da criminalidade e ação no que diz respeito à violência policial, muitas vezes decorrentes dos autos de resistência, sempre fortemente marcados pelo racismo⁸.

A população LGBTQ+⁹ também sofre no Brasil. A inclusão de pessoas transgênero no mercado de trabalho ainda é precária¹⁰, assim como pessoas que não se enquadram no padrão “normal” de sexualidade¹¹. Pior: o país é a nação onde mais se assassina homossexuais¹² e pessoas transgênero¹³.

Os dados seguem apontando disparidades que necessitam ser mitigadas. A população indígena no Brasil é praticamente esquecida e marginalizada. Não se permite sua expressão cultural tradicional, as terras que historicamente seriam necessárias à sua subsistência têm sido cada vez mais utilizadas para fins agropecuários e a população é “jogada” para as cidades, onde vivem em situação de extrema pobreza e de preconceito¹⁴.

⁸ “A cada 23 minutos, um jovem negro é assassinado no Brasil, diz CPI.” Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36461295>

⁹ A sigla é grande, e cresce, porque objetiva abarcar todos aqueles que, por orientações distintas de sexualidade e por identidade de gênero diferente do binarismo relacionado unicamente ao sexo biológico, sofrem preconceito e discriminação. O ideal é que não fosse necessário “rotular” tais tipo de comportamentos, que são fluidos e podem variar de inúmeras formas, mas a identidade serve também como “arma” contra o preconceito, assim como as ações afirmativas, como se verá adiante. Para entender um pouco melhor a sigla e sua evolução, “Sigla LGBTQ+ cresce para ecoar amplidão do espectro de gênero e sexo”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/sigla-lgbtq-cresce-para-ecoar-amplidao-do-espectro-de-genero-e-sexo.shtml>

¹⁰ “Transexuais são excluídos do mercado de trabalho” Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexuais-sao-excluidos-do-mercado-de-trabalho> Acesso em 05 de dezembro de 2018.

¹¹ “Inserção de transgêneros no mercado de trabalho ainda é precária” Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/insercao-de-transgeneros-no-mercado-de-trabalho-ainda-e-precaria/>

Também a esse respeito, confira-se: “Transexuais enfrentam barreiras para conseguir aceitação no mercado de trabalho” Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/transexuais-enfrentam-barreiras-para-conseguir-aceitacao-no-mercado-de-trabalho.ghtml>

¹² “Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo” Disponível em: <https://www12.senado.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>

¹³ “Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais”. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>

¹⁴ “Indígenas na cidade: pobreza e preconceito marcam condição de vida” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/indigenas-na-cidade-pobreza-e-preconceito-marcam-condicao-de-vida>

Os índices de analfabetismo são graves: dentre os indígenas, 23.3% são analfabetos¹⁵, em face dos 13,2% entre os negros e 6% entre os não negros (dados de reportagem de 2015)¹⁶.

Ainda, ressalte-se a condição da população com deficiências, que também têm dificuldade em prosseguir na vida escolar e em integrar o mercado de trabalho, principalmente em razão de discriminação e de dificuldades de acessibilidade e de condicionamento dos ambientes às suas especificidades.

Atualmente, pessoas com deficiência representam 1,1% do total de pessoas empregadas. O número é crescente desde 2007, quando eram 0,93%¹⁷. O número reduzidíssimo chama atenção a partir do momento que se nota que as pessoas com deficiência correspondem a 24% da população¹⁸.

Somado a todos os fatores acima expostos, há a questão relacionada meramente à renda. A população mais pobre do país tem muita dificuldade em acessar o mercado formal de emprego e, mais ainda, o ensino superior. Isso decorre de diversos fatores: a baixa renda familiar gera uma necessidade de as crianças e adolescentes auxiliarem suas famílias para que consigam garantir sua subsistência.

Dessa necessidade, decorre o alto índice de evasão escolar¹⁹, que muitas vezes também coincide, quando se trata de mulheres, com casos de gravidez na adolescência, o que revela mais uma omissão do Poder Público, dessa vez no quesito saúde pública, no sentido de prevenir tais casos e de dar ferramentas às famílias para que lidem com isso (a exemplo de criação de creches, da efetiva garantia à

¹⁵ Deve-se tratar esse número com cuidado, já que muitos ainda vivem em comunidades onde não existe a alfabetização tal qual os critérios urbanos, de qualquer forma, é uma referência.

¹⁶ “População indígena ainda sofre com desigualdade e restrição de direitos no Brasil” Disponível em: <https://www.agenciajovem.org/wp/populacao-indigena-ainda-sofre-com-desigualdade-e-restricao-de-direitos-brasil/>

¹⁷ “Deficiência x Mercado trabalho” Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2018/04/01/tf_carreira_interna,670201/deficiencia-x-mercado-trabalho.shtml

¹⁸ “Inclusão profissional traz motivação e desafios para pessoas com deficiência” Disponível em: <https://g1.globo.com/especial-publicitario/em-movimento/ccr/noticia/inclusao-profissional-traz-motivacao-e-desafios-para-pessoas-com-deficiencia.ghtml>

¹⁹ “Reduções na renda familiar aumentam evasão escolar no Brasil, aponta Banco Mundial” <https://nacoesunidas.org/reducoes-na-renda-familiar-aumentam-evacao-escolar-no-brasil-aponta-banco-mundial/>

informação para prevenção da gestação e, por fim, uma política adequada de aborto legal, tema a ser discutido em outra oportunidade)²⁰.

Ainda, o ensino dado na rede pública de educação tem qualidade muito aquém da esperada²¹, o que contribui para dificultar a aprovação em provas para acesso a cursos superiores. Estudantes de escola pública no Brasil não possuem habilidades mínimas previstas para a idade e nível que cursam na escola.

Mais: os estudantes pobres não têm tempo para estudar: normalmente, mesmo quando permanecem nas escolas, têm o dever de auxiliar a família na obtenção de renda.

Isso se reforça ainda mais se considerando que, na maior parte das vezes, as famílias são chefiadas somente por uma pessoa, a mulher, já que a quantidade de mães solo é enorme no país, especialmente na periferia²².

Em reportagem de 2015, expõe-se que: “Mais de 65% dos alunos brasileiros no 5º ano da escola pública não sabem reconhecer um quadrado, um triângulo ou um círculo. Cerca de 60% não conseguem localizar informações explícitas numa história de conto de fadas ou em reportagens. Entre os maiores, no 9º ano, cerca de 90% não aprenderam a converter uma medida dada em metros para centímetros, e 88% não conseguem apontar a ideia principal de uma crônica ou de um poema. Essas são algumas das habilidades mínimas esperadas nessas etapas da escola, que nossos estudantes não exibem.”²³.

Os dados são tristes, alarmantes, e sempre representativos de uma total abstenção do Estado no sentido de mitigar as diferenças. O acesso ao ensino público é dever do Poder Público e a população mais pobre do país tem essa como a única

²⁰ “*Quem são os jovens fora da Escola*” Disponível em: <https://www.institutounibanco.org.br/aprendizagem-em-foco/5/>

²¹ “*Brasil é o país com mais alunos na escola, mas péssima qualidade no ensino, segundo ranking norte-americano*” Disponível em: <https://noticias.r7.com/educacao/brasil-e-o-pais-com-mais-alunos-na-escola-mas-pessima-qualidade-no-ensino-segundo-ranking-norte-americano-15032016>

²² Mães solo são aquelas que cuidam sozinhas de seus filhos, sem a participação do pai. “*Chance de ser mãe solteira na periferia é até 3,5 vezes maior*” Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chance-de-ser-mae-solteira-na-periferia-e-ate-3-5-vezes-maior-imp-,1030951>

²³ “*O ensino público no Brasil: ruim, desigual e estagnado*” <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>

opção de estudos. A omissão do Estado acaba por perpetuar as condições da população.

A dificuldade de estudar, de aprender, tem reflexos imediatos na inserção no mercado de trabalho, no acesso ao ensino superior, o que reflete também na ascensão social. Nesse sentido, verifica-se que, como dito anteriormente, o simples fato de a Constituição brasileira possuir dispositivos que invoquem a igualdade como preceito fundamental, em nada auxilia na efetiva garantia dessa igualdade.

O que ocorria séculos atrás e que ensejou a inclusão da “igualdade” nas constituições dos mais diversos países se mantém: há uma preservação de privilégios de classe, de linhagens familiares. Aqueles que detêm o poder o mantêm. Aqueles que estudam e têm acesso a melhores meios de educação têm condição de melhor educar seus filhos, que terão maior facilidade de acesso ao mercado de trabalho.

É uma “bola de neve”, que gera a urgente necessidade de se estudar a importância da existência de ações afirmativas com vistas à inclusão das pessoas que sofrem com a incidência do preconceito, com a falta de preparo do Estado para acolhê-las, entendendo suas necessidades e peculiaridades. É o que se exporá a seguir.

4 MECANISMO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MITIGADORAS DE DESIGUALDADES

A extensa lista de dados alarmantes acima exposta, como dito, se faz necessária como ferramenta digna a “abrir os olhos” do leitor quanto à realidade das diversas populações que coabitam o Brasil.

É bastante comum o argumento de que tais desigualdades não existem e que as oportunidades são ofertadas de forma igual a todos. O que se percebe da leitura dos parágrafos acima, no entanto, é que essa afirmação não corresponde à verdade. Há inúmeros Brasis, e os dramas que as populações marginalizadas vivem é muitas vezes invisibilizado.

Aqui, as diferenças devem ser mitigadas por meio de ações positivas do Poder Público, sob pena de, ao contrário, serem aprofundadas. Uma das formas de implementação dessas ações pelo Estado é a aplicação das ações afirmativas, que podem ser definidas como:

Políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade²⁴

Os mecanismos de adoção de ações afirmativas podem ser dos mais diversos. Há cotas que incentivam maior quantidade de mulheres no parlamento²⁵; benefícios concedidos para microempresas e para empresas de pequeno porte em procedimentos licitatórios²⁶; cotas em concursos públicos para pessoas com deficiência²⁷; cotas no ensino superior para pessoas de baixa renda²⁸; pessoas negras; pessoas indígenas. Também começam a ser adotadas no Brasil políticas de inclusão de pessoas transgênero.

Os objetivos delas dizem respeito a reparações históricas, ao combate a ações discriminatórias, tanto os flagrantes quanto aquelas estruturais, veladas e, muitas vezes, enraizadas na sociedade. São aquelas discriminações que não se notam num olhar raso, mas que são percebidas quando se analisam na profundidade certos atos, certos usos de palavras e de expressões, dentre outras formas.

Servem como forma de garantia do pluralismo e da diversidade em todas as suas esferas, de forma a corrigir distorções acarretadas pela discriminação.

5 O DEBATE SOBRE AS COTAS RACIAIS E OS PRINCIPAIS OBJETIVOS E FUNÇÕES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

²⁴ BARBOSA, Joaquim. “O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas” Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

²⁵ As cotas concernentes a número mínimo de candidaturas femininas já foram previstas na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995). Essa cota, no entanto, não foi considerada suficiente para garantir a participação feminina na política, razão pela qual se decidiu pela reserva de 30% do fundo de campanha para mulheres. (“Reserva de 30% de fundo de campanha para mulheres poderá alavancar candidaturas femininas, avaliam debatedoras” Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/558950-RESERVA-DE-30-DE-FUNDO-DE-CAMPANHA-PARA-MULHERES-PODERA-ALAVANCAR-CANDIDATURAS-FEMININAS,-AVALIAM-DEBATEDORAS.html>)

²⁶ Lei Complementar nº 123/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm

²⁷ “Decreto atualiza reserva de cotas para pessoas com deficiência” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/decreto-atualiza-reserva-de-cotas-para-pessoas-com-deficiencia> Acesso em 01 de dezembro de 2018.

²⁸ Lei nº 12.711/2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm

Há uma forte tendência, quando se debate acerca de cotas raciais para acesso ao ensino superior, de se entender como suficiente a ação afirmativa destinada unicamente a pessoas de baixa renda, sendo supostamente desnecessária a existência de cotas raciais. Isso porque tem-se a noção de que o único fator prejudicial à inclusão de pessoas na Universidade seja a baixa qualidade do ensino público.

Como demonstrou-se acima, realmente há baixa qualidade do ensino, que deixa prejudicada a população que não tem condições de arcar com o custo de escolas particulares que confirmam melhores condições para que o estudante participe de prova concorrida como é o vestibular de universidades públicas.

Esse entendimento é reflexo do conceito de “meritocracia”, amplamente utilizado por aqueles que argumentam contra a existência de ações afirmativas que não estejam diretamente ligadas à qualidade do ensino.

Segundo Sidney Chalhoub, professor da Universidade de Harvard, em entrevista fornecida ao Jornal da Unicamp²⁹, o conceito consiste em mito que, na verdade, alimenta as desigualdades e não deve ser visto como um valor universal, destacado do contexto histórico e das condições sociais em que vivem determinadas populações.

O professor também afirma que, embora muito se tenha dito que a existência das cotas acabaria por “agravar as diferenças”, uma vez que os demais estudantes passariam a olhar os cotistas como menos capazes, dentre outras coisas, a realidade é muito distinta dessa narrativa.

Após a implementação paulatina das cotas em algumas universidades do país, posteriormente regulamentada por meio de Lei, o resultado é que é o próprio movimento estudantil que atualmente “veste a camisa” e defende a existência das cotas.

A existência de cotas raciais para o acesso às universidades tem diversas funções. A primeira delas é a efetivação da inclusão da população que, como

²⁹ “A meritocracia é um mito que alimenta as desigualdades, diz Sidney Chalhoub” Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/06/07/meritocracia-e-um-mito-que-alimenta-desigualdades-diz-sidney-chalhoub> Acesso em 04 de dezembro de 2018.

demonstrou-se acima, embora seja majoritária no país, tem pouca representatividade nas classes mais altas e na academia.

Trata-se de dívida histórica, diante dos recém completados 130 anos desde a abolição da escravatura no Brasil. Esse parece ser um longuíssimo período de tempo, mas isso quer dizer pouquíssimas gerações. Significa que eram escravizados os bisavós dos negros que atualmente pleiteiam o ingresso em universidades.

Olhando sob essa ótica, é algo muito recente e que grava marcas profundas na sociedade. Tanto no que diz respeito ao olhar do não negro em face do negro, quanto no que diz respeito às condições de vida.

A abolição da escravatura no Brasil não veio acompanhada de políticas públicas que permitissem a integração dessa população na sociedade, tendo sido uma merda formalidade que, das duas uma: ou jogou a população negra às ruas, ao mercado informal ou as deixou numa situação de escravidão que apenas não era legitimada pelo Estado.

A segunda função não privilegia o indivíduo que se utiliza das cotas, mas privilegia a sociedade como um todo. Como se sabe a produção de conhecimento é subjetiva e surge daquilo que o indivíduo decide estudar.

Tanto a decisão quanto aos temas, quanto aquela relativa às fontes que irá utilizar, assim como a visão que pretende dar ao estudo, todos esses fatores são diretamente influenciados por sua vivência, sua história, seu contexto. Assim, ganham a sociedade e a universidade, que passam a ter visões mais plurais, produção de conhecimento sobre os mais diversos temas.

Quanto a esse ponto, Chalhoub opina que, “o pressuposto das grandes universidades do mundo é que a diversidade melhora a qualidade. Obriga a um contraste de pontos de vista”. Esse é um ponto relevante para desconstruir o preceito de que supostamente a existência de cotas raciais reduziria a qualidade do ensino.

Essa é também uma concepção rasa porque parte do pressuposto que a prova de vestibular seria muito eficiente para medir conhecimento e aprovar somente os mais inteligentes para a universidade, o que não é necessariamente o caso, tendo em

vista que o ser humano é dotado de diversos tipos de inteligência, que uma prova não tem o condão de medir por si só.

A prova de vestibular – assim como aquela para a seleção em concurso público – é somente um método adotado pelo Poder Público para selecionar a quantidade adequada de pessoas. A avaliação poderia ser distinta, e, o sendo, poderia acabar por selecionar pessoas diversas para as vagas³⁰. Poderia haver uma seleção que envolvesse uma apresentação em público, que privilegiaria aqueles que não são os mais hábeis na redação, mas que são eloquentes, dentre outros possíveis exemplos.

A terceira função é a de mitigação do preconceito e da discriminação. Atualmente a concepção geral que se tem da população negra, ainda que inconscientemente, é a do serviçal, herança dos tempos de escravidão. Também se vê a população como criminosos, o que indica uma das razões pelas quais tantos jovens negros inocentes são assassinados no país: são “confundidos” com bandidos.

O preconceito é fruto do desconhecimento, é o medo do diferente. Tanto é assim que os preconceitos contra pessoas homossexuais, por exemplo, são chamados de “homofobia”. É que o ser humano, ao desconhecer, tem a tendência de julgar de inferiorizar³¹.

As pessoas brancas médias não convivem com negros. A universidade até poucos anos não era casa de negros. Eles poderiam ser vistos muitas vezes como “coitados” ou como “errados”, chamavam atenção na multidão. A partir do momento em que se incrementa a convivência dos diversos tipos de pessoas, que se fomenta a pluralidade, as pessoas passam a ver umas às outras apenas como “pessoas”.

Apenas com a convivência que se desmistificam as diferenças, o que tem capacidade de mitigar o preconceito e a discriminação. Nesse sentido, o uso de cotas em um longo prazo assegurará a diminuição do preconceito contra a população

³⁰ “O que define sua inteligência?” Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/inteligencia/> Acesso em 07 de dezembro de 2018.

³¹ “Por que é difícil aceitar as diferenças?” Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/por-que-e-dificil-aceitar-as-diferencas/> Acesso em 06 de dezembro de 2018.

negra³². Nesse sentido, acabaria mitigada a sensação de superioridade de uma etnia sobre outra, de um gênero sobre outro³³.

O quarto papel das cotas a ser mencionado é o da representatividade como espelho. Em outras palavras, a existência de personalidades tidas como exemplos a serem seguidos. A alta autoestima de uma pessoa não pode ser entendida como algo meramente marginal, indigno de ser garantido pelo Estado.

Explico: até pouco tempo, um jovem negro ao assistir televisão enfrenta uma visão completamente distinta da que tem de si mesmo. Nas ruas, é o mesmo: as pessoas tidas como bonitas são as pessoas brancas; aqueles empresários de sucesso são brancos, dentre inúmeros outros exemplos. Ao não se enxergar, não se vê como digno de correr atrás daquele objetivo e as consequências psicológicas são catastróficas.

O jovem acaba por não se sentir capaz de almejar o que sonha, passa a se contentar com pouco. Como discorre impecavelmente em artigo escrito ainda em 2001 sobre o tema, o ex Ministro da Suprema Corte, Joaquim Barbosa³⁴:

Por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Em suma, com esta conotação as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.

³² Grande parte dos argumentos aqui expostos podem se aplicar aos mais diversos tipos de ações afirmativas mencionadas no presente artigo.

³³ BARBOSA, Joaquim. “*O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas*” Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

³⁴ “*O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas*” Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

Por muito tempo, o ambiente universitário foi um ambiente exclusivamente masculino e branco. Essa é uma realidade que vem mudando desde a implementação de cotas raciais em universidades. Estudo aponta que, entre 2000 e 2017 o percentual de pessoas pretas e pardas que concluíram a graduação cresceu de 2,2% para 9,3%³⁵.

O número continua baixo, mas representa grande vitória do país rumo à efetivação da garantia da igualdade material entre as diversas populações que compõem o país.

Por fim, cabe trazer à tona políticas recentes visando a inclusão de pessoas transgênero nas universidades públicas. Essa é uma população extremamente marginalizada, a começar pela dificuldade que possuem em terem seu registro civil alterado para que passem a ter o nome de seu desejo e que melhor se adeque ao gênero ao qual se identifica³⁶.

A marginalização decorrente do desconhecimento deixa poucas possibilidades de emprego à população, que na maioria das vezes têm somente a prostituição como forma de garantia de renda.

A hispersexualização dessa população, assim como sua marginalização, não permite que desfrutem das oportunidade e possibilidades que pessoas cisgênero (pessoas que se identificam com o mesmo gênero daquele atribuído ao seu sexo biológico) têm. Assim, todas as suas potencialidades são limitadas.

Além do altíssimo risco de assassinato decorrente de transfobia, também perde a sociedade, que deixa de usufruir das possibilidades que mais e mais pessoas têm a oferecer, mas que são invisibilizadas em razão de diferenças.

Os efeitos decorrentes da implementação desse tipo de cotas só poderão ser estudados em questão de anos ou de décadas. No entanto, é importante notar o crescente número de ações afirmativas sendo implementadas, no Brasil, com vistas a garantir a liberdade material prevista no art. 5º da Constituição.

³⁵ “Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista> Acesso em: 07 de dezembro de 2018.

³⁶ “Por que chegou a hora de falar sobre cotas para pessoas transgênero no Brasil” Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/04/02/por-que-chegou-a-hora-de-falar-sobre-cotas-para-pessoas-transgenero-no-brasil_a_23401098/ Acesso em: 06 de dezembro de 2018.

6 CONCLUSÃO

O debate sobre as ações afirmativas no Brasil ainda é muito limitado àquele relacionado às cotas raciais em universidades públicas. No entanto, já existem diversas políticas públicas visando a inclusão de populações marginalizadas e alvo de discriminação.

É certo que o tempo para a efetivação das políticas públicas nesse sentido é longo e não será em poucos anos que se alterarão estruturas historicamente arraigadas na sociedade não só brasileira como mundial.

No entanto, o que se observa no Brasil é, primeiramente, uma maior aceitação da existência das ações afirmativas, o que revela, por si só, uma mitigação do preconceito previamente existente.

Ainda, pode-se observar, ainda que timidamente, um incremento das populações marginalizadas nos mais diversos espaços. O que mais chama atenção é o expressivo aumento de pessoas negras nas universidades, tanto na graduação quanto na pós-graduação. Esse incremento traz consigo preciosas possibilidades.

Quem frequenta a universidade pública já enxerga um ambiente muito mais plural, com produção de conhecimento muito mais diverso e amplo, enriquecendo o conhecimento produzido pelo país.

Mas não só de comemorações vive o atual momento: não é possível deixar as ações de lado. É necessário, ao contrário, reforçá-las. Há uma tendência recente de implementação de cotas destinadas a pessoas homossexuais e, especialmente, de pessoas transgênero no mercado de trabalho e nas universidades.

Essas ações são essenciais para que essas populações, *extremamente marginalizadas*, tenham a condição de viver dignamente no Brasil, conforme lhes é garantido constitucionalmente.

O estudo e a implementação das ações afirmativas deve ser uma luta constante, de forma a sempre proporcionar a inclusão de cada vez mais pessoas em cada vez mais espaços, o que enriquece a cultura do país, que muitas vezes deixa de

lado conhecimento e compreensões muito especiais do mundo, que só podem surgir a partir de uma convivência harmônica e diversa.

REFERÊNCIAS

“Brasil é o país com mais alunos na escola, mas péssima qualidade no ensino, segundo ranking norte-americano” Disponível em: <https://noticias.r7.com/educacao/brasil-e-o-pais-com-mais-alunos-na-escola-mas-pessima-qualidade-no-ensino-segundo-ranking-norte-americano-15032016> Acesso em 29 de novembro de 2018.

“Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo” Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo> Acesso em 29 de novembro de 2018.

“Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais”. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Brasil tem menos parlamentares mulheres do que 151 países”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-tem-menos-parlamentares-mulheres-do-que-151-paises-22462336> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Brasileiros com renda acima de R\$ 5.214 estão entre os 10% mais ricos; desigualdade persiste”. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/economia/audio/2018-04/brasileiros-com-renda-acima-de-r-5214-estao-entre-os-10-mais-ricos> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Chance de ser mãe solteira na periferia é até 3,5 vezes maior” Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chance-de-ser-mae-solteira-na-periferia-e-ate-3-5-vezes-maior-imp-,1030951>

“Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista> Acesso em: 07 de dezembro de 2018.

“Decreto atualiza reserva de cotas para pessoas com deficiência” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/decreto-atualiza-reserva-de-cotas-para-pessoas-com-deficiencia> Acesso em 01 de dezembro de 2018.

“Deficiência x Mercado trabalho” Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2018/04/01/tf_carreira_interna,670201/deficiencia-x-mercado-trabalho.shtml Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Inclusão profissional traz motivação e desafios para pessoas com deficiência” Disponível em: <https://g1.globo.com/especial-publicitario/em-movimento/ccr/noticia/inclusao-profissional-traz-motivacao-e-desafios-para-pessoas-com-deficiencia.ghtml> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Inserção de transgêneros no mercado de trabalho ainda é precária” Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/insercao-de-transgeneros-no-mercado-de-trabalho-ainda-e-precaria/> Acesso em 05 de dezembro de 2018

“Mesmo com maior participação, negros ainda são 17,4% no grupo dos mais ricos.” Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/negros-aumentam-participacao-entre-os-1-mais-ricos-no-brasil> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Mulheres estão em apenas 37% dos cargos de chefia nas empresas” Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/mulheres-estao-em-apenas-37-dos-cargos-de-chefia-nas-empresas-21013908> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“No Brasil, 1% mais rico ganha 36 vezes mais do que metade da população” Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/economia/2017/11/29/internas_economia,732710/no-brasil-1-mais-rico-ganha-36-vezes-mais-do-que-metade-da-populacao.shtml Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“População indígena ainda sofre com desigualdade e restrição de direitos no Brasil” Disponível em: <https://www.agenciajovem.org/wp/populacao-indigena-ainda-sofre-com-desigualdade-e-restricao-de-direitos-brasil/> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

“Reduções na renda familiar aumentam evasão escolar no Brasil, aponta Banco Mundial” <https://nacoesunidas.org/reducoes-na-renda-familiar-aumentam-evasao-escolar-no-brasil-aponta-banco-mundial/>

“Sigla LGBTQ+ cresce para ecoar amplidão do espectro de gênero e sexo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/sigla-lgbtq-cresce-para-ecoa-amplidao-do-espectro-de-genero-e-sexo.shtml>.

A cada 23 minutos, um jovem negro é assassinado no Brasil, diz CPI. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36461295> Acesso em 04 de dezembro de 2018

A meritocracia é um mito que alimenta as desigualdades, diz Sidney Chalhoub. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/06/07/meritocracia-e-um-mito-que-alimenta-desigualdades-diz-sidney-chalhoub> Acesso em 04 de dezembro de 2018

BARBOSA, Joaquim. “O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas” Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/> Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

Brasil é o país com mais alunos na escola, mas péssima qualidade no ensino, segundo ranking norte-americano” Disponível em: <https://noticias.r7.com/educacao/brasil-e-o-pais-com-mais-alunos-na-escola-mas-pessima-qualidade-no-ensino-segundo-ranking-norte-americano-15032016> Acesso em 29 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 123/2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.711/2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm

BRASIL. Lei nº 9.096/1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm Acesso em 06 de dezembro de 2018.

Indígenas na cidade: pobreza e preconceito marcam condição de vida. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/indigenas-na-cidade-pobreza-e-preconceito-marcam-condicao-de-vida> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

O ensino público no Brasil: ruim, desigual e estagnado” <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html> Acesso em 01 de dezembro de 2018.

O que define sua inteligência? Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/inteligencia/> Acesso em 07 de dezembro de 2018.

Por que chegou a hora de falar sobre cotas para pessoas transgênero no Brasil” Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/04/02/por-que-chegou-a-hora-de-falar-sobre-cotas-para-pessoas-transgenero-no-brasil_a_23401098/ Acesso em: 06 de dezembro de 2018.

Por que é difícil aceitar as diferenças? Disponível em:
<https://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/por-que-e-dificil-aceitar-as-diferencas/> Acesso em 06 de dezembro de 2018.

Quem são os jovens fora da Escola” Disponível em:
<https://www.institutounibanco.org.br/aprendizagem-em-foco/5/>

Reserva de 30% de fundo de campanha para mulheres poderá alavancar candidaturas femininas, avaliam debatedoras” Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/558950-RESERVA-DE-30-DE-FUNDO-DE-CAMPANHA-PARA-MULHERES-PODERA-ALAVANCAR-CANDIDATURAS-FEMININAS,-AVALIAM-DEBATEDORAS.html> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

Transexuais enfrentam barreiras para conseguir aceitação no mercado de trabalho. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/transexuais-enfrentam-barreiras-para-conseguir-aceitacao-no-mercado-de-trabalho.ghtml> Acesso em 02 de dezembro de 2018.

Transexuais são excluídos do mercado de trabalho Disponível em:
<http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexuais-sao-excluidos-do-mercado-de-trabalho> Acesso em 05 de dezembro de 2018.

CONTROVÉRSIAS DO DECRETO Nº 9.246/2017 E DE SUA JUDICIALIZAÇÃO

CONTROVERSIES OF DECREE Nº 9.246/2017 AND ITS JUDICIALIZATION

Thiago Rodrigues Martins¹

RESUMO

Este trabalho analisa a constitucionalidade do Decreto nº 9.246/17 por meio da revisão de literatura, em sua observância à política estabelecida na lei. Pretende-se também discutir se o ato poderia ou não beneficiar condenados por crimes contra a Administração Pública. Por fim, será analisada a decisão do relator da ação que trata do objeto. A conclusão é que a decisão pela inclusão dos crimes de corrupção no alcance do decreto é discricionária, sendo imprópria a sua exclusão por decisão judicial, desde que o decreto não se sobreponha à política criminal estabelecida na lei.

Palavras-Chave: Decreto de indulto; judicialização da política; limites dos poderes da República.

ABSTRACT

This paper analyzes the constitutionality of Decree 9246/17 through a literature review, in compliance with the policy established by law. It is also intended to discuss whether or not the act could benefit convicted of crimes against the Public Administration. Finally, the decision of the action rapporteur dealing with the object will be analyzed. The conclusion is that the decision to include corruption crimes in the scope of the decree is discretionary, and its exclusion by judicial decision is inappropriate, as long as the decree does not overlap with the criminal policy established by law.

Keywords: Decree of pardon; judicialization of politics; limits of the powers of the Republic.

¹ Advogado e Assessor parlamentar, graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, pós-graduando *lato sensu* em Novas Tendências do Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB/ICPD), e-mail: thiagomartins.advogado@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO: O INDULTO E SUA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

O indulto é um instituto milenar ainda presente nas democracias modernas. Trata-se de um poder estatal que visa perdoar, total ou parcialmente, condenados pela prática de crimes. Seu sistema e frequência de uso variam conforme o Estado em que inserido, mas, a rigor, é uma prerrogativa discricionária. No Brasil, o instituto se transformou em um instrumento de controle da população carcerária, fato ocorrente em outros países, mas com maior resistência do que aqui.

Em 21 de dezembro de 2017, o Presidente publicou o Decreto nº 9.246 com a finalidade de conceder indulto, e este se tornou objeto de grande irresignação e debate nas instâncias políticas, governamentais e jurídicas. Referido ato normativo foi responsável pela concessão de indulto em bases antes não vistas na história da República Federativa do Brasil.

O indulto é uma das formas de perdão da pena imposta a condenados judicialmente, assim como a anistia e a graça. Sua marca característica é o fato de ser uma atribuição privativa do Presidente da República, consoante preconizado pelo inciso XII do art. 84 da Carta Magna.

O instituto possuía um histórico de concessão, desde a década de 1980, em que a sua concessão era possível aos condenados a penas privativas de liberdade que tivessem cumprido um terço de sua pena. No final de 2016, o cumprimento mínimo de pena foi diminuído para o percentual de um quarto da condenação, ao passo em que, em 2017, o Presidente Michel Temer deu balizas ainda menos rígidas ao instituto, permitindo o perdão da pena a diversos condenados que tivessem cumprido apenas um quinto de sua condenação, caso não fossem reincidentes, e um terço da pena, caso reincidentes, para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça².

Além disso, o ato de clemência: (i) concedeu a comutação da pena – que é a redução do tempo restante de pena a ser cumprido pelo condenado – para pessoas em diversas situações distintas, chamando a atenção o fato de que reincidentes

² Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido: I - um quinto da pena, se não reincidentes, e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa.

seriam premiados com maior benemerência³; (ii) permitiu o perdão de penas restritivas de direitos e a liberação de indivíduos que tenham progredido para o regime aberto, que tenham obtido suspensão condicional do processo ou estejam em livramento condicional⁴; (iii) autorizou o indulto de penas de multa pecuniária⁵; (iv) possibilitou a indulgência de indivíduos cujos processos ainda estivessem em andamento⁶.

Diante desse quadro, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI nº 5.874 no intento de proteger valores constitucionais que considerou terem sido violados, tecendo diversos fundamentos que serão oportunamente trazidos. Mas os argumentos centrais que fundamentaram a judicialização podem ser resumidos em dois. O primeiro: o decreto era leniente para com o crime, transmitindo uma mensagem à sociedade de que o Brasil não reprime os ilícitos penais de forma suficiente, na medida em que penas cumpridas em somente um quinto de seu percentual são perdoadas. O segundo: o decreto se prestaria a atender processados e condenados por crimes contra a Administração Pública, sobretudo no âmbito da chamada Operação Lava Jato.

Nesse contexto, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Carmen Lúcia, concedeu medida cautelar durante o recesso forense, no encerramento do ano de 2017, para determinar a suspensão integral do decreto objurgado. A medida tomada, considerada drástica, foi posteriormente revista pelo ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, em virtude da irresignação de diversas entidades ligadas ao estudo do Direito Penal, das políticas públicas penitenciárias e dos direitos humanos.

³ Art. 2º O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa: (...) § 1º A redução de que trata o caput será de: I - um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º;

⁴ Art. 8º Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este Decreto são aplicáveis à pessoa que: I - teve a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos; II - esteja cumprindo a pena em regime aberto; III - tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou IV - esteja em livramento condicional.

⁵ Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

⁶ Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que: I - a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa em instância superior; II - haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância; III - a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º; ou IV - a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

Isso porque vários condenados e detentos, que nada tinham a ver com a prática de crimes de colarinho branco, estavam desguarnecidos da cobertura do indulto presidencial. Contudo, a decisão tomada pelo relator foi considerada muito heterodoxa e violadora da separação de poderes.

O relator decidiu estabelecer limites de cumprimento mínimo de pena para a concessão do indulto, em conformidade com a legislação vigente. Segundo o ministro, o alargamento das hipóteses de cabimento da indulgência vulnera a política criminal estabelecida pela legislação, isentando do cumprimento da pena proporcionalmente definida pela lei e por uma sentença judicial, um condenado que não faria jus sequer a um dos melhores benefícios estabelecidos na legislação da execução penal, que é o livramento condicional.

Nessa linha, o ministro Barroso assinalou ainda o descabimento da clemência a condenados por diversos crimes de colarinho branco, em especial da pena de multa, cujo significado na repressão a crimes contra os cofres públicos é relevantíssimo. Segundo o julgador, tendo em vista o momento vivenciado pela sociedade brasileira, e os seus esforços – melhor dizendo, os esforços mundiais – de aumento no combate à corrupção, haveria violação constitucional no perdão de ilícitos dessa natureza, responsáveis por diversas consequências financeiras negativas ao próprio Estado.

Diante da heterogeneidade da decisão, muito criticada por alguns, o objetivo do trabalho é analisar os limites de julgamento do Supremo Tribunal no caso em, no que toca à decisão do relator, o seu mérito, e a postura da Corte, reclamada à luz da Constituição quando as atribuições de outros poderes estiverem potencialmente sendo invadidas. Tudo no intuito de traçar um limite de atuação à discricionariedade do ato governamental e da sua análise, interpretação e limitação a partir da lei e da Constituição pela Corte suprema. De forma objetiva, as seguintes questões procurarão ser respondidas, sempre tendo em vista a preocupação generalizada da sociedade quanto à segurança pública e a necessidade de se combater a corrupção: (i) “é constitucional a diminuição da rigidez dos requisitos para concessão de indulto, nos moldes em que ocorreu em 2017, frente a legislação penal?”; (ii) “é constitucional, considerando o momento social de combate à corrupção mais

intenso, a possibilidade de concessão do ato de clemência aos condenados por crimes à corrupção relacionados?” e; (iii) “as determinações impostas na decisão do ministro Barroso estão em consonância com o texto constitucional?”.

2 O DECRETO Nº 9.246/2017 E O DIÁLOGO ENTRE INSTITUIÇÕES

O Estado Democrático de Direito é uma reunião de vontades com o fim de formar uma sociedade com um governo que proteja seus direitos e liberdades⁷. Isso se faz com a eliminação do arbítrio para proteger os cidadãos, sobretudo pela lei⁸, que é instrumento próprio da proteção da liberdade⁹, essencialmente através da constituição, de onde devem fluir as outras normas¹⁰. Nesse ponto, há matérias que devem ser tratadas pela lei, segundo o chamado “princípio da reserva legal”, caracterizado como a “exigência de que determinada matéria seja disciplinada por lei e não por ato secundário”¹¹. Por exemplo, o art. 5º da Constituição da República de 1988 (CR/88) estabelece, no inciso XLVI que “a lei regulará a individualização da pena”.

A funcionalidade da produção e da aplicação da lei demanda a eliminação do arbítrio e a desconcentração do poder como fator de prevenção ao abuso. Surge aí a tripartição de poderes, que atribui a um a função de legislar, a outro a execução de políticas públicas e atividades necessárias à realização dos direitos previstos na lei, e ao último o papel de interpretar a lei e resolver conflitos¹². As três funções devem se controlar reciprocamente, para evitar os abusos¹³.

⁷ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Gradiva, 1999. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>>. Acesso em 4 jul. 2018.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional - 1 D. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015. - (Série IDP).

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹ STF, Ag. Rg. No RE 938.151/SP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado 29-03-2016, DJe 25-04-2016. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10778961>. Acesso 4 jul. 2018.

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis: apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. - São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Paidéia).

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2015002E

Em um contexto histórico de problemas políticos e sociais relevantes, as instituições estatais acabam fragilizadas e a Constituição sujeita a interpretações divergentes por razões políticas. A falência, ou a percepção social de falência institucional, gera o descrédito do sistema político, dando aos tribunais protagonismo, especialmente na jurisdição constitucional. O fenômeno é apontado como consequência da desilusão popular com a política majoritária, espaço ocupado pelos representantes eleitos. A investidura de juízes por concurso transmite uma percepção de maior independência e confiabilidade institucional, fator que, somado à citada desilusão e a uma extensa constituição, com vasto rol de direitos positivados, incentiva a prática da judicialização¹⁴.

Historicamente, o papel do Judiciário de forma geral, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, deve ser o de exercer uma função contramajoritária. Essa função se caracteriza pelo compromisso com os valores constitucionais de uma sociedade, ainda que o processo de afirmação e execução desses valores seja divergente da vontade popular¹⁵. Aos tribunais é dado o poder-dever de observar e impor a aplicação da Constituição e da lei, ainda que interesses dominantes, de ordem econômica, moral, religiosa ou qualquer outra espécie, se vejam desguarnecidos pelo processo de decisão judicial. Um exemplo é a absolvição de processados por crimes que geram apelo popular, quando faltam provas suficientes para se produzir uma condenação justa.

O Legislativo e o Executivo, dentro de seu espaço para elaboração de políticas governamentais, definidas, sobretudo, através do regular processo legislativo, devem exercer a função representativa. Essa função é assim chamada porque diz respeito à vontade popular, à representação política decorrente do processo político democrático. Há representação nas ações e opções políticas, em regra convergentes com a vontade do povo, ou, melhor dizendo, do eleitor¹⁶.

Luís Roberto Barroso sustenta que os tribunais têm exercido função representativa, sobretudo a corte constitucional, pelo fato de que decisões que atendem ao anseio popular têm ocorrido no Judiciário. Porém, a afirmação é alvo de

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do STF. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do STF. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do STF. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

grandes objeções, especialmente porque a natureza essencial de um tribunal é a de proporcionar justiça, a partir do cumprimento da lei e da Constituição, ainda que o interesse dominante seja contrariado. Seria, assim, inconcebível se pensar em uma função representativa das cortes¹⁷.

Entre outras preocupações no que diz respeito a essa perspectiva de tribunais “representativos”, também cabe destacar o temor do ativismo judicial, que é a atuação expansionista de um tribunal, caracterizada pela ampliação do conteúdo de uma determinada norma no momento de sua interpretação e execução. A rigor, conteúdos normativos densos e de maior abstração, sobretudo em princípios do direito, são interpretados de forma mais livre e aproximam o direito, sobretudo, da moral¹⁸. Esse apego a valores mais abstratos, que dão grande margem de manobra hermenêutica aos tribunais, abastecido pela crise das instituições políticas majoritárias, tem dado azo à judicialização massiva de questões de toda sorte, mesmo quando há normas mais literais disciplinando a questão.

Esse processo de judicialização da vida oportuniza o ativismo judicial, algo que pode se agravar e macular a perspectiva funcional da separação de poderes se os tribunais entenderem que são representantes da vontade popular. Isso geraria uma fragilização do sistema de controles recíprocos. Assim, é necessária uma postura mais autocontida por parte do Judiciário, ou seja, dar o devido respeito às opções políticas definidas pelo processo político majoritário e interpretar as normas constitucionais com maior parcimônia e prudência¹⁹. O Judiciário deve se ater, assim, à sua origem, à sua essência institucional: a preservação de direitos e garantias fundamentais, de acordo com o regime jurídico estabelecido na sociedade que o abriga.

A doutrina procurou sistematizar os limites à expansão da interpretação judicial. Referidos limites devem ser observados pelos tribunais para preservação do

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: GLEZER, Rubens; VIEIRA, Oscar Vilhena. Organização. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 25-70.

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. Coordenação. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 73-114.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: GLEZER, Rubens; VIEIRA, Oscar Vilhena. Organização. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 25-70.

diálogo institucional, com poderes independentes e harmônicos que visam cumprir seus fins constitucionais. Assim, a autocontenção judicial seria recomendável em algumas circunstâncias, destacando-se ao caso, como quando: (i) a elaboração de normas for precedida de legitimidade democrática, sobretudo com participação popular que agregue ao tema; (ii) o ato questionado proteger os pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, como a liberdade de expressão; (iii) minorias vulneráveis forem protegidas pelo ato, como a criação de programas de distribuição de renda; (iv) direitos materialmente fundamentais, que assegurem condições básicas de vida e liberdade, sejam promovidos, como campanhas de vacinação e; (v) o responsável pela política dispor de capacidade institucional superior ao tribunal, que não tem mecanismos suficientes para antecipar efeitos sistêmicos ao interferir em políticas públicas²⁰.

Com a repartição das funções estatais, a interpretação do texto constitucional deve ser realizada por todos os atores institucionais envolvidos – Executivo, Judiciário e Legislativo²¹. Assim, o judiciário deve se posicionar para despertar um diálogo institucional deliberativo, visando aprimorar a discussão e fortalecer as instituições, e não adversarial, com a pretensão de sobrepor-se ao poder político eleito. Partir de uma postura autocontida, sem deixar de dar sugestões em temas sensíveis, mas sem invadir o espaço dos outros poderes.

Assim, a cautela institucional pode evitar uma *supremocracia*, fenômeno caracterizado como a atuação expansiva da corte constitucional, com decisões que produzem efeitos concretos típicos de lei ou da implementação de políticas públicas, à revelia de programas escolhidos na política majoritária e sem um controle contraposto. A questão não é se a atividade expansiva é boa ou ruim, mas compreender que, se o arbítrio nos poderes democráticos é indesejado, uma instância judicial hegemônica que tudo pode e decide também o é²².

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. Coordenação. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 73-114.

²¹ MENDES, Conrado. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV 8, 2008. Disponível em: <scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em 4 jul. 2018.

De forma sintética, nenhum dos poderes públicos, no exercício de seu múnus estatal, é absoluto. O Presidente da República, no uso de seu poder normativo, regulamentar e com possibilidade de iniciar o processo legislativo regular, pode e deve dialogar com os outros poderes para aprimorar seu processo deliberativo. O mesmo deve se aplicar ao STF, que não pode ser visto como instância hegemônica. As instituições precisam dialogar sobre temas tão sensíveis, como a superlotação penitenciária, para promover um diálogo construtivo.

A guerra de poder dos bastidores da política estatal, com poderes se sobrepondo a poderes, manifesta ausência de diálogo, ou mesmo um diálogo destrutivo entre as instituições, que explica as razões da sociedade estar descrente nas instituições públicas. Mas é interessante ver que, mesmo em contextos tão controversos, como o que marcou a edição e posterior judicialização desse decreto, o sistema ainda dá mostras de funcionalidade, ainda que precárias ou, talvez, alicerçadas apenas no interesse político.

Veja-se que, no Legislativo, após a judicialização do tema do indulto, foram protocolizados na Câmara dos Deputados os projetos de lei nº 9.607/18 e 9.650/18, de autoria dos Deputados Delegado Waldir e Heuler Cruvinel, ambos visando regulamentar a concessão da *indulgentia principis*. Já o Deputado Luiz Carlos Hauly apresentou projeto de decreto legislativo para sustar o Decreto nº 9.246/2017, utilizando para tanto argumentos expostos na ação direta de inconstitucionalidade. No Senado, foi apresentado o projeto de lei nº 141/18, do Senador Wilder Moraes, que propôs requisitos balizadores da discricionariedade presidencial em seu poder de extinção da punibilidade, para manter “reclusos por mais tempo os condenados que não tenham buscado mudar efetivamente seu comportamento” e “evitar a banalização” do instrumento.

Todos esses eventos são parte do processo político de diálogo entre as instituições públicas. Mas é preciso que esse processo social ocorra de forma saudável e respeitosa, o que se caracteriza, sobretudo, pelo respeito dos poderes às funções que cada um deve exercer.

3 QUESTÕES POSTAS À LUZ DO INTERESSE SOCIAL E DA CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, a primeira afirmação necessária é que o respeito à Constituição, tanto na análise do respectivo mérito do decreto, quanto da própria decisão proferida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, é fundamental. O respeito aos valores constitucionais se constitui no maior interesse social possível, pois é a Lei Maior que estabelece o ordenamento jurídico e assegura a proteção contra o arbítrio, em qualquer área possível. As disposições da Constituição devem ser a primazia dos valores que alicerçam uma sociedade, de forma que, se desrespeitada for, o próprio resultado pretendido pelo ato em discussão será indesejado.

Feito esse breve comentário introdutório, passa-se à análise das questões.

3.1 A primazia da lei na instituição da política pública criminal

Como já exposto, a Procuradoria Geral da República atacou diversos dispositivos do decreto, que diziam respeito ao abrandamento dos requisitos objetivos para concessão do instituto. Há alguns argumentos gerais citados para defender a impugnação do ato presidencial: (i) violação ao art. 2º da CR/88, que estabelece a tripartição de poderes, em virtude do fato de que o decreto inutilizaria a política pública criminal estabelecida na lei; (ii) ofensa ao art. 5º, inciso XLVI, que traz o princípio da individualização da pena, porque as penas judicialmente decididas, fixadas com base em leis justas e proporcionais, seriam desconstituídas; (iii) desatendimento ao art. 5º, inciso LIV, base do devido processo legal, porque além de toda a inutilização dos instrumentos legais estabelecidos na legislação – livramento condicional, progressão de regime, substituição da pena por restritiva de direitos, suspensão condicional do processo, entre outros –, que perdem o sentido diante do abrandamento das condições da clemência, até mesmo processos judiciais ainda em curso seriam abarcados pela cobertura do decreto; e (iv) inobservância ao art. 62 da Constituição, que no § 1º, alínea “b”, veda ao Presidente legislar em matéria de direito penal.

Segundo o *Parquet*, a soma dessas violações ao texto constitucional ignora o princípio da vedação à proteção insuficiente em um Estado constitucional com penas

proporcionais. Subverter essas penas, ao permitir a liberação dos condenados após cumprimento de fração mínima das mesmas, implica desvalorizar os bens jurídicos estabelecidos na lei e a própria atividade judiciária, além de estimular a prática delitiva por permitir, implicitamente, a ideia de que o crime compensa.

De outra ponta, autores e profissionais ligados ao direito penal e à política penitenciária defenderam a constitucionalidade da norma. Nos autos, além da Advocacia Geral da União (AGU), diversas Defensorias Públicas e entidades atuantes nessas áreas se habilitaram para defender a norma, como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto de Garantias Penais.

O principal argumento é que o decreto é ato privativo e discricionário do Presidente, cujo texto só é limitado pela Constituição. É precedido de legitimidade democrática, porque a sociedade participa de seu processo de elaboração, junto ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), além de ser um instituto reconhecido pelo seu poder de ser utilizado como política pública de controle da superlotação penitenciária, fator esse que impede a ressocialização dos apenados. Para os defensores da norma, as previsões impugnadas são repetidas desde a vigência da CR/88 e o alargamento do *quantum* mínimo de cumprimento exigido em 2016 para 2017 é mínimo e não pode ser tido como desproporcional.

Sustentam ser materialmente isonômico se permitir o indulto aos condenados a penas de multa, aos condenados a medidas diversas da restrição de liberdade, aos que tenham progredido de regime e aos que estejam com outro benefício processual vigente que vise o desencarceramento, como a suspensão condicional do processo. Entendem que tais condenados, por serem teórica e objetivamente de menor periculosidade, fariam ainda mais jus ao benefício.

No que toca à pena de multa, sustentam ser indevido obstar a concessão do benefício pelo seu inadimplemento, por significar uma repristinação indevida de lei revogada que permitia a prisão de devedores²³, além de serem os presos, pessoas em

²³ Até 1996 o inadimplemento da multa gerava a prisão do condenado, ainda que não houvesse condenação em pena privativa de liberdade. Isso mudou na lei nº 9268/96, que retirou essa previsão textual. Entretanto, o tema é controverso no STF quanto à concessão de benefícios penitenciários e processuais a inadimplentes dessas penas.

sua maioria hipossuficientes, que praticaram crimes contra o patrimônio. As dívidas são cobráveis por outras vias menos gravosas.

Alertam para os riscos que a declaração de inconstitucionalidade produziria sobre o violador de direitos humanos sistema prisional brasileiro, que não possui as condições básicas para uma existência digna de um ser humano, o terceiro maior do mundo, com cerca de metade de presos por crimes sem violência, 40% de presos provisórios e significativa influência do crime organizado, que impede a ressocialização dos detentos, em sua maioria hipossuficientes. Assim, o decreto protegeria o princípio da vedação à proteção deficiente, pois os bens jurídicos dos apenados é que têm sido violados. Como a norma retira presos de um sistema em si inconstitucional e lhes permite convivência humanitária digna, a partir de critérios objetivos, aí restaria alcançado o princípio da individualização da pena de forma mais efetiva sob o prisma da ressocialização.

Entendem descabido alegar violação à tripartição de poderes porque o indulto seria um contraponto a excessos da política legislativa e na aplicação das penas. Destacam que o instituto expõe uma atuação governamental atenta a uma política humanitária, para viabilizar a ressocialização através da diminuição do sistema penitenciário. Assim, não seriam desrespeitadas decisões judiciais, mas asseguradas, posto que os presídios brasileiros se encontram em um *estado de coisas inconstitucional*²⁴, em virtude das condições precárias a que estão sujeitos os detentos.

O relator, em sede de medida cautelar, analisou todos os argumentos lançados pelas partes envolvidas. Iniciou traçando um paralelo do instituto nos tempos antigos e nos atuais, em que o indulto é menos necessário porque as penas são razoáveis, e com outros países, como a França, onde o chefe do executivo possui o poder de clemência individual e o coletivo fica a cargo do parlamento, órgão de maior legitimidade e controle democrático para condução de política abstrata. Lá, o governante não mais concede indulto coletivo desde 2007 porque “a tradição de

²⁴ STF, ADPF 347-MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado 9-9-2015, DJe 14-9-2015. Disponível em <redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s eqobjetoincidente=4783560>. Acesso em 5 jul. 2018

conceder tais graças não pode significar um mecanismo de regulamentação da política carcerária”.

Asseverou a necessidade de se garantir a política criminal estabelecida na lei e melhor analisar o cumprimento da finalidade da indulgência enquanto instrumento de ressocialização, especialmente quando afetados por atos precários – assim entendidos aqueles realizados de forma unilateral e revogáveis de forma discricionária. Concluiu que o decreto invadiu competência legislativa ao conceder benefício maior que outros da lei, sem uma proteção correspondente ao desejado pelo legislador, e limitou o indulto a condenados a penas de até oito anos, critério que a lei usa para definir um crime como grave para determinar regime fechado na pena privativa de liberdade, e cujo cumprimento mínimo da pena tenha sido de um terço, prazo do livramento condicional.

Críticas também foram lançadas a essa decisão, considerada uma “reescrita” do decreto, o que ofenderia a tripartição de poderes, além de ser embasada em critérios morais pouco objetivos. Nessa linha, o ministro Carlos Marun²⁵ considerou a modificação dos critérios uma decisão inconstitucional e razão suficiente para se pleitear o *impeachment* do ministro.

De fato, o indulto é um ato discricionário, cujo fundamento essencial reside no fato de haver certa ausência de restrições literais no uso do instituto, à exceção da vedação de concessão aos crimes expostos no art. 5º, XLIII, da CR/88. E o instituto foi reconhecido como instrumento de política pública²⁶. Ocorre que, embora a intenção de desencarceramento de uma minoria social em condições desumanas seja louvável, tolerar o absolutismo do instrumento contraria a Constituição. A pretensão executiva está sujeita a limites.

Assim, há abuso normativo pela não delimitação do benefício a parâmetros consentâneos à lei. Embora seja um ato político, quando usado como política

²⁵ ESTADÃO. Marún não deve apresentar pedido de impeachment de Barroso a pedido de temer. Disponível em: <politica.estadao.com.br/noticias/geral,marun-nao-deve-apresentar-pedido-de-impeachment-de-barroso-a-pedido-de-temer,70002266067>. Acesso 5 jul. 2018.

²⁶ STF, ADI 2795-MC/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado 8-5-2003, DJe 20-05-2003. Disponível em: <redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s eqobjetoincidente=2082819>. Acesso 5 jul. 2018

pública, não pode subverter o sistema penal ao alvedrio da autoridade, porque aí se afasta do caráter político e se associa a uma finalidade pública que deve observar outros limites legais e institucionais. O Executivo pode aplicar o benefício, mas não em substituição aos critérios adotados pelos demais poderes. Mesmo se fosse ato meramente político, estaria limitado aos objetivos da lei e da Constituição. Afinal, essa é a base de um Estado Democrático de Direito, e a lei expressa a proteção dos interesses sociais.

O uso da clemência para resolver a crise penitenciária se revela uma iniciativa normativa presidencial decorrente de situação relevante e urgente que, indiretamente, tangencia o direito penal e o subverte ao único recurso presidencial disponível para influir em penas abstrata ou concretamente aplicadas. A medida é desproporcional frente aos limites institucionais do Executivo e afeta indevidamente o exercício das outras funções estatais.

Há que se destacar a ausência de dados empíricos sobre a despressurização do sistema ou ressocialização dos agentes através do uso do indulto coletivo. As partes favoráveis ao decreto na ação direta não trouxeram estatísticas sobre a produção de efeitos do benefício anteriormente ou explicaram como a crise penitenciária aumentou em dez anos, sempre se limitando a só culpar a atual política de combate às drogas – evidenciando, na verdade, uma opção política divergente da em curso, e não jurídica –, a despeito do alargamento do benefício nas últimas décadas. Também não apresentaram estimativas concretas sobre quantos seriam beneficiados agora e só apontam um universo de milhares de condenados por determinado crime que, “a depender do cumprimento do mínimo da pena”, poderiam ser beneficiados.

Se a entrada no sistema penitenciário impõe uma escolha de vida ou morte ao apenado, sua corrupção no sistema é breve e, na verdade, o decreto impugnado apenas proporcionaria a soltura rápida de indivíduos piores do que entraram. O decreto ataca as consequências da superlotação, não as causas, e seu constante uso como instrumento de gestão carcerária, com o contínuo inchaço do sistema, sugere uma atuação pública deficitária. Isso prejudica o prestígio à capacidade institucional na elaboração do ato.

Portanto, o ato discricionário não pode ser livre quanto às penas abarcadas pelo instituto. Não é sua finalidade se sobrepor às políticas estatais de segurança, administração penitenciária, valoração de bens jurídicos e processo penal, na forma da lei, mormente à míngua de elementos comprobatórios das razões que alega perseguir, razão pela qual o acatamento parcial das alegações da PGR na decisão do relator se constitui em medida adequada, razoável e positiva, que privilegia a legislação em vigor sem impedir a atribuição privativa do Presidente.

A discricionariedade não é limitada somente por referências textuais literais. Há um esforço argumentativo na ponderação de princípios, hoje largamente aceita e utilizada. Essa limitação da discricionariedade tem servido ao interesse constitucional, como na ADPF nº 347, que restringiu a discricionariedade do administrador para descontingenciar verbas do Fundo Penitenciário Nacional quando a “oportuna e conveniente” opção anterior ia em direção oposta.

O indulto precisa ser entendido de forma distinta no seu uso como instrumento de política pública. Limitá-lo unicamente pelo art. 5º, XLIII, da CR/88, permitiu ao instituto progressiva ocupação indevida de espaço, inutilizando instrumentos definidos na legislação.

A relevância dessa discussão é tamanha que a eleição recente de Jair Bolsonaro para a Presidência da República pode ser associada aos problemas da crise de segurança pública, agravada pela descrença no ambiente político. A segurança pública foi uma das maiores bandeiras do candidato eleito, que promete não conceder mais indultos coletivos²⁷. Em uma hipótese agora levantada, não seria irracional supor que há relação entre a percepção social dos indultos coletivos, a percepção social dos insucessos nas políticas de segurança pública e a eleição do futuro Presidente da República.

3.2 O interesse público (popular), a discricionariedade do governante e a reserva legal como limite objetivo da decisão judicial

²⁷ FOLHA. Bolsonaro diz que não dará indulto na Presidência. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/bolsonaro-diz-que-nao-dara-indulto-na-presidencia.shtml>>. Acesso 7 dez. 2018

Na argumentação da peça inicial da ação direta, o Ministério Público sustentou, sinteticamente, que o decreto presidencial teria o condão de desbaratar as operações realizadas para combater os diversos crimes contra a Administração Pública atualmente denunciados. O objetivo seria elevar o combate à corrupção como uma prioridade maior, com a motivação central no prejuízo que os ilícitos dessa natureza provocam ao Estado. O maior exemplo em risco seria a operação Lava Jato. Caso os processados em tais operações não fossem beneficiados, o decreto ainda produziria um efeito prático de descrédito à justiça, à severidade da lei penal e à percepção social quanto ao funcionamento das instituições.

De outra ponta, os defensores da norma, inicialmente preocupados com a primeira decisão proferida durante o recesso forense, que suspendeu o decreto em sua integralidade, apelaram para a discricionariedade do titular do instituto na definição dos termos de sua concessão.

Não fosse o bastante o ponto da discricionariedade, que militaria em favor da manutenção de uma visão mais ortodoxa do respeito à tripartição dos poderes ao se prestigiar o poder do Presidente da República, sustentam ser incabível tratar a norma como prejudicial ao combate à corrupção porque a massa carcerária desses crimes não alcança 1% do sistema. No ponto, a AGU sustentou que, como a Constituição não veda a concessão do instituto a condenados por crimes de colarinho branco, se o Presidente o fizesse o decreto seria inquinado de inconstitucionalidade por ausência de isonomia.

O relator, em sua análise inicial, destacou a proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), redator da minuta inicial da norma, que excluía do decreto os crimes de peculato, concussão, corrupção, passiva e ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contra o sistema financeiro nacional, os da lei de licitações e de organizações criminosas, e as penas pecuniárias, comuns nesses crimes, pelo “interesse público no fortalecimento do combate à corrupção e evitar prejuízos de diversas ordens ao Estado e à sociedade”.

Defendeu a exclusão dos crimes contra a Administração Pública, por ofensa à moralidade pública do art. 37 da Constituição, e existência de desvio de finalidade e ilegitimidade corrente, na não observância da vontade popular de combater a

corrupção, e finalística no não atendimento ao objetivo de desinchar o sistema, porque há poucos presos por essa razão.

Entendeu inconstitucional o perdão da multa pecuniária, especialmente pelo papel dessas multas nos crimes de colarinho branco, apresentando alternativas para não endurecer excessivamente o instituto: permitir o indulto de quem tenha “extrema carência material”, expressa na impossibilidade de adimplemento do débito parceladamente, ou enquadramento da pena a valor mínimo estabelecido em ato do Ministro da Fazenda para a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União.

De fato, há lógica jurídica para embasar a repudia do relator à possibilidade de se conceder o indulto. Contudo, o seu mérito constitucional parece ser negativo, mesmo inexistente, por uma razão jurídica específica: o princípio da reserva legal. Na primazia de sua função contramajoritária, não pode o Supremo Tribunal Federal ignorar o sistema constitucional vigente para satisfazer interesses, ainda que constitucionais, que sejam paralelos ao objeto da controvérsia sob sua análise. É com essa consideração que se introduz na oportunidade as respostas aos questionamentos II e III, lançados no primeiro capítulo do presente trabalho.

A rigor, não é inconstitucional a confrontação de um ato legal instituidor ou executor de política pública, como é o indulto. O problema reside justamente na discricionariedade limitada desse instituto específico. É verdade que os crimes contra a Administração Pública são terríveis, sobretudo porque não atentam só contra o Estado. Mas isso não é razão suficiente para que o judiciário determine a exclusão desses ilícitos do decreto.

Homicídio simples, redução à condição análoga à de escravo e tráfico de pessoas. Crimes que atentam contra a vida, integridade física e liberdade de locomoção, todos direitos que são indisponíveis. Mas são contempláveis pelo decreto. A vida é juridicamente menos importante que o patrimônio público ou a moralidade administrativa? E a integridade física e o direito de ir e vir? A exemplo do combate à corrupção, o Brasil também é signatário de acordos internacionais que visam a proteção desses direitos individuais.

A expurgação dos crimes contra a administração pública revela a representatividade da decisão. Há um consenso sobre a “hediondez” da corrupção,

no sentido da rejeição popular de sua prática nas instâncias de poder, e a necessidade de combatê-la. Mas isso não é suficiente para uma invasão institucional de atribuições. Ainda que o mérito da decisão seja positivo, como afirmação de quais valores são importantes para uma sociedade, uma *supremocracia* negativa se evidenciaria. A Constituição fala que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (...) e os definidos como crimes hediondos”. A lei, não o Supremo.

É por isso que, ao mesmo tempo, por mais que a decisão do ministro relator represente um avanço em termos de cultura de combate à corrupção e atenda a um anseio popular, a mesma se revestiu de inconstitucionalidade. Não por outra razão, o julgamento definitivo da ação direta, ainda não concluída e com os votos ainda não disponíveis ao público na página virtual do processo, se desenha para uma improcedência total da ação, pois a maioria dos ministros está a prestigiar a discricionariedade do ato presidencial, na compreensão de que não cabe ao guardião constitucional invadir e reescrever o ato normativo impugnado.

Nesse aspecto, ressalte-se a divergência parcial quanto à decisão tomada pela Corte, que poderia ao menos militar na construção de um diálogo social e institucional evolutivo. A AGU e a Subchefia para Assuntos Jurídicos (SAJ) da Casa Civil alegaram que discriminar os crimes de colarinho branco do alcance do indulto, por serem, como os demais beneficiados pelo decreto, “sem violência ou grave ameaça”, seria inconstitucional. Poderia o Supremo consignar que referida postura não viola o princípio da igualdade, mas protege importantes bens jurídicos e materializa interesse social conveniente de endurecer o combate à corrupção em um oportuno decreto.

Igualmente, poderia a Corte realizar comunicações institucionais com o executivo e o legislativo, sugerindo o aperfeiçoamento da lei no combate à corrupção através da inclusão de tipos penais à corrupção associados na lei de crimes hediondos.

Embora sejam ações menos coercitivas, a pretexto de interpretar a Constituição e por causa de um consenso popular, não pode o tribunal inserir dispositivo na lei. Há que se evitar tensão semelhante à ocorrida quando um Senador

estava prestes a descumprir decisão do STF. O custo político dessas decisões é alto porque geram a percepção nos outros atores de que há usurpação de competência, e geram iniciativas como limitar medidas cautelares em ações de controle constitucional ao voto da maioria dos ministros²⁸. A prudência institucional é necessária. E talvez seja por essa prudência institucional que a reafirmação da discricionariedade quase absoluta do Presidente na elaboração do indulto esteja se encaminhando, de acordo com o julgamento de total improcedência da ação, por maioria.

Por fim, há que se destacar uma incoerência argumentativa. A AGU e a SAJ alegaram que excluir crimes contra a administração pública do decreto seria inconstitucional por violação ao princípio da isonomia, por serem, como a regra do decreto, “crimes sem violência ou grave ameaça”. Só que o próprio decreto, nos incisos V e VI do art. 3º, exclui crimes não constantes do rol da lei de crimes de hediondos, o que já havia sido feito em 2016.

Esse tipo de argumento, desacompanhado de um testemunho de fidelidade ao cumprimento da regra que alega haver, milita contra a presunção do ato do Executivo. A discricionariedade da concessão do indulto é alegada para dizer que só há uma limitação ao ato, que é o seu não cabimento aos crimes hediondos e equiparados. Só que, na prática, outros crimes foram excluídos – e o mérito dessas exclusões é positivo, por serem crimes contra a dignidade sexual, sobretudo de crianças e adolescentes – sem que a lei dos crimes hediondos o fizesse, mas somente a vontade discricionária do titular do ato. Mas a discricionariedade foi afastada para manter o benefício a corruptos, à revelia do sentimento popular, porque aí a Constituição vedaria a discriminação e haveria suposta inconstitucionalidade. Esse é o ponto em que a tese de predestinação poderia se fortalecer, para o lamento do debate e das relações interinstitucionais. Se crimes contra dignidade sexual de crianças e adolescentes não são considerados hediondos pela lei, mas são excluídos do alcance do decreto, o mesmo poderia – e deveria, na análise discricionária de

²⁸ EBC. Câmara aprova PL que impede STF de suspender lei em decisão individual. Disponível em: <agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-07/camara-aprova-pl-que-impede-stf-de-suspender-lei-em-decisao-individual>. Acesso 5 jul. 2018.

mérito do Presidente da República, por todas as razões sociais e a vontade popular sobre o combate à corrupção – ser feito quanto aos crimes associados à corrupção.

4 CONCLUSÃO

O caso do Decreto nº 9.246/17 é mais um de vários a gerar tensões entre os poderes da República. Não foi o primeiro e certamente não será o último, mas ele expôs necessidades do país que demandam uma postura do Judiciário ativa, proativa e muitas vezes reativa para que possam ser solucionadas, sempre com respeito e diálogo institucional. Algumas conclusões foram possíveis.

A primeira constatação é que o Executivo não pode utilizar um ato discricionário para legitimar política pública que sobreponha as pretensões da lei em vigor. Os fins não justificam os meios e um ideal puramente consequencialista precisa ser acompanhado de legitimidade funcional à luz da Constituição. Há muita diferença entre um perdão subjetivamente motivado em caso individual, em qualquer fase do cumprimento da pena, e uma inutilização de benefícios legalmente estabelecidos de forma coletiva. E, nesse aspecto, ressalte-se a divergência quanto ao julgamento majoritário, ainda não concluído, que se desenha no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

As propostas trazidas pelo relator da ação direta, para restaurar a autoridade da política criminal e penitenciária estabelecida pela lei, foram positivas. A fixação de limites objetivos quanto ao *quantum* de cumprimento mínimo da pena e de pena condenatória máxima guardaram estrita relação com possibilidades legalmente previstas, dentro de critérios proporcionais e razoáveis. O indulto continua útil enquanto política pública, pois respeita um limite trazido na lei e possibilita, nesse mesmo limite, um benefício menos custoso ao Estado do que a liberdade condicional. Os institutos se harmonizaram. Infelizmente, o seu acatamento restará prejudicado pela decisão final dos ministros da Corte constitucional.

Entretanto, há que se destacar que, embora iniciativas de moralização pública sejam sempre desejáveis, essas devem ocorrer dentro de limites institucionais constitucionais. É razoável interpretar o indulto conforme a Constituição e limitá-lo para que não modifique as pretensões da lei. Mas não é ideal a ele criar limitações a

partir do que efetivamente não está na lei, quando a própria Constituição diz que a lei deverá trazer essa definição.

Há uma diferença no tratamento entre um julgamento que impõe limites de cumprimento mínimo da pena e de penas máximas abarcáveis pelo benefício, e o tratamento que se dá para não permitir que o Tribunal determine o não cabimento do benefício quanto aos crimes contra a Administração Pública. A razão é, pura e simplesmente, a reserva legal, pois no primeiro caso há prestígio absoluto ao estabelecido pelo legislador, enquanto no segundo, imperando o vácuo normativo e a exigência de lei em sentido estrito, infelizmente, deve prevalecer a vontade discricionária do Executivo.

De toda sorte, a política penitenciária precisa ser revista. O reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional*, embora um passo na defesa de direitos indisponíveis de presidiários, ainda carece de mais resultados concretos, pois o sistema continua a inchar. E isso passa necessariamente pela mudança na condução das políticas públicas brasileiras, não só para propor soluções a elas, mas analisar antes a efetividade das ações tomadas. O mantra que cobre o uso do indulto como instrumento de redução dos problemas carcerários sistêmicos pode não ser incorreto, mas, ao menos nos argumentos colocados na ADI nº 5.874, não se revelou empiricamente efetivo.

As políticas públicas precisam focar não somente em resultados de curto prazo, como o desencarceramento para reduzir o sistema, mas também – e muito mais – em solucionar as anomalias que as motivaram. O uso excessivo de prisões provisórias, a má gestão do sistema público e dos seus recursos, a opção do administrador em priorizar projetos populares, a ausência de ações de inteligência que inviabilizam o controle sobre presídios dominados por facções e a falência da prisão no processo de ressocialização são alguns dos pontos que demandam atenção.

E, de toda forma, ainda que o mérito da decisão cautelar, ou mesmo da definitiva que se encaminha, não tenham a total concordância com o presente trabalho, é positivo, para o contexto histórico e social brasileiro, observar que ainda há zelo pelo respeito aos limites institucionais dos poderes da República, dentro de suas respectivas funções estatais.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: GLEZER, Rubens; VIEIRA, Oscar Vilhena. Organização. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 81-104.

BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: GLEZER, Rubens; VIEIRA, Oscar Vilhena. Organização. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. P. 25-70.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, C. R. Indulto é único meio político legítimo usado para reduzir superlotação carcerária, 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-dez-28/cezar-bitencourt-indulto-politica-legitima-desencarceramento>. Acesso 4 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. STF, ADI 2795-MC/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 8-5-2003, DJe de 20-5-2003. Disponível em: <redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2082819>. Acesso 7 dez. 2018

BRASIL. STF, ADPF 347-MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 9-9-2015, DJe de 14-9-2015. Disponível em: <redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso 7 dez. 2018

BRASIL. STF, Ag. Rg. RE 938.151/SP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 29-3-2016, DJe 25-4-2016. Disponível: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10778961>. Acesso 7 dez. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Gradiva, 1999. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>>. Acesso 7 dez. 2018.

CARNELÓS, E.P. Ministros do STF têm usurpado competência dos outros poderes, 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-mai-01/eduardo-carnelos-ministros-stf-usurpado-competencia-outros-poderes>. Acesso 7 dez. 2018.

DAMOUS, W. Em vez de barrar indulto, é preciso acabar com julgamentos políticos, 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-dez-30/wadih-damous-justica-deveria-barrar-decisoes-politicas-nao-indulto>. Acesso 7 dez. 2018.

EBC. Câmara aprova PL que impede STF de suspender lei em decisão individual. Disponível em: <agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-07/camara-aprova-pl-que-impede-stf-de-suspender-lei-em-decisao-individual>. Acesso 7 dez. 2018.

ESTADÃO. Marún não deve apresentar pedido de impeachment de Barroso a pedido de temer. Disponível em: <politica.estadao.com.br/noticias/geral,marun-nao-deve-apresentar-pedido-de-impeachment-de-barroso-a-pedido-de-temer,70002266067>. Acesso 7 dez. 2018.

FOLHA. Bolsonaro diz que não dará indulto na Presidência. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/bolsonaro-diz-que-nao-dara-indulto-na-presidencia.shtml>>. Acesso 7 dez. 2018

GERBER, D.; MARCANTE, M. Críticas a suspensão da eficácia do indulto presidencial, 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-jan-03/opinioao-criticas-suspensao-eficacia-indulto-presidencial>. Acesso 7 dez. 2018.

JARDIM, T. A verdade sobre o indulto, 2017. Disponível em: <oglobo.globo.com/brasil/artigo-de-torquato-jardim-verdade-sobre-indulto-22235128>. Acesso 7 dez. 2018.

LIMONGI, M. M. P. O indulto e a superlotação carcerária, 2018. Disponível em: <politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-indulto-e-a-superpopulacao-carceraria>. Acesso 7 dez. 2018.

MELLO, C. Não há problema no indulto, mas no sistema prisional, 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-jan-09/cecilia-mello-nao-problema-indulto-sistema-prisional>. Acesso 7 dez. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional - 1 D. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015. - (Série IDP).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis: apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. - São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Paidéia).

ROSA, A. M.; NABOZNY, G.C. Modular os efeitos do indulto: por que e para quê(m), 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-jan-12/limite-penal-modular-efeitos-indulto-quem>. Acesso 7 dez. 2018.

SILVA JÚNIOR, A. L. PGR e ADI 5874: os limites do indulto e os reflexos nas ações penais de combate à corrupção política brasileira, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271752,41046-PGR+e+ADI+5874+os+limites+do+indulto+e+os+reflexos+nas+acoes+penais>>. Acesso 7 dez. 2018.

SIMANTOB, F. T. Ano mostrou o resultado de décadas de demagogia na área do Direito Penal, 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-dez-29/ano-mostrou-resultado-decadas-demagogia-area-penal>. Acesso 7 dez. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. Coordenação. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 73-114.

STRECK, L. L. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem!, 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>. Acesso 7 dez. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV 8, 2008. Disponível em: <scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso 7 dez. 2018.